

SAMVÆR ETTER OMSORGSOVERTAKELSE

Adgangen til inngrep i samværsretten

Kandidatnummer: 229

Veileder: Lucy Smith

Leveringsfrist: 25.11.2005

(* regelverk for spesialoppgave på:

<http://www.jus.uio.no/studier/regelverk/utf-forskr-vedlegg-i.html>

regelverk for masteroppgave på:

<http://www.jus.uio.no/studier/regelverk/master/eksamensforskrift/kap6.html>)

Til sammen 17798 ord

01.05.2006

Innholdsfortegnelse

1 INNLEDNING, RETTSKILDER OG UTVIKLINGEN **ERROR! BOOKMARK NOT DEFINED.**

1.1 Innledning Error! Bookmark not defined.

1.1.1 Oppgavens tema

Error! Bookmark not defined.

1.1.2 Problemstilling 3

1.1.3 Avgrensning 3

1.1.4 Definisjoner 3

1.1.5 Barnevernrettens grunnleggende prinsipper og hensyn 3

1.1.5.1 Barnets beste 4

1.1.5.2 Det biologiske prinsipp 5

1.1.5.3 Det mildeste inngreps prinsipp 5

1.1.5.4 Permanency planning 6

1.2 Rettskilder **7**

1.2.1 Lover 7

1.2.2 Forarbeider 7

1.2.3 Praksis 7

1.2.4 Juridisk litteratur 8

1.2.5 Menneskerettighetsloven 8

1.2.6 Andre rettskilder 9

1.3 Utviklingen **10**

2 SAMVÆRSRETTENS INNHOLD, UTGANGSPUNKT OG HENSYN **12**

2.1 Samværsrettens innhold **12**

2.1.1 Innholdet av samværsretten 12

2.1.2 Omfanget av samværsretten 14

2.1.3 Hva er et inngrep i samværsretten? 16

2.2 Utgangspunktet for samvær etter omsorgsovertakelse **18**

2.2.1	Hjemmelen for samværsretten	18
2.2.2	Praksis	18
2.2.3	Samværsretten som menneskerett	20
2.2.3.1	Retten til samvær etter EMK	20
2.2.3.2	Samværsretten etter barnekonvensjonen	21
2.3	Anvendelsen av barnerettens hensyn og prinsipper i spørsmålet om samværsretten	23
2.3.1	Barnets beste	23
2.3.1.1	Barnets beste i menneskerettsloven	25
2.3.1.2	Betydningen av barnets beste i samværs spørsmålet	26
2.3.2	Det biologiske prinsipp	26
2.3.2.1	Det biologiske prinsipp i menneskerettsloven	27
2.3.3	Det mildeste inngreps prinsipp	28
2.3.3.1	Det mildeste inngreps prinsipp i menneskerettsloven	29
2.3.4	Hensynenes betydning for samværsretten	29
3	ADGANGEN TIL INNGREP I SAMVÆRSRETTE	30
3.1	Forskjellige typer inngrep i samværsretten	30
3.1.1	Hjemmel for samværsretten	30
3.1.2	Adgangen til å bestemme omfanget av samværsretten	30
3.1.3	Adgangen til å føre tilsyn ved samværet	31
3.1.4	Kravet om nødvendighet	31
3.2	Barnets med- og selvbestemmelsesrett	32
3.2.1	Barnets rett til å bli hørt og medbestemmelsesretten	32
3.2.2	Barnet ønsker ikke samvær	34
3.2.3	Barnet ønsker samvær, men barnevernet mener at det ikke vil være til barnets beste	35
3.2.4	Foreldrenes rettigheter når barnet ikke ønsker samvær	36
3.3	Kjennetegn ved samværsforelderens tilsier at samvær ikke bør finne sted eller at det bør foretas andre inngrep i samværsretten	38
3.3.1	Samværsforelderens har store problemer med å samarbeide med barnevernet	38
3.3.2	Samværsforelder er psykisk ustabil	39
3.3.3	Samværsforelder evner ikke å vise omsorg for og å ta vare på barnet	41
3.3.4	Samværsforelderens er voldelig mot barnet eller det er mistanke om seksuelt misbruk	42

3.3.5	Samværsforelder er narkotika- eller alkoholmisbruker	43
3.3.6	Samværsforelder er psykisk utviklingshemmet	45
3.3.7	Samværsforelder soner dom i fengsel	45
3.3.7.1	Fokus på problematikken med soning og samvær	45
3.3.7.2	JURKs fengselsundersøkelse og Quaker United Nations Office	47
3.3.7.3	Samvær med forelder som soner	49
3.4	Andre momenter som taler mot at samvær skal finne sted eller som taler for at det bør foretas andre inngrep i samværsretten	51
3.4.1	Hvor lenge skal plasseringen vare?	51
3.4.2	Har barnet vært plassert lenge uten kontakt med foreldrene?	54
3.4.3	Samværsforelder har holdt barnet tilbake etter samvær eller holdt barnet skjult for barnevernet	55
3.5.	Samvær etter adopsjon	57
<u>4</u>	<u>LITTERATURLISTE</u>	<u>61</u>

1 Innledning, rettskilder og historikk

1.1 Innledning

1.1.1 Oppgavens tema

I 2004 overtok barnevernet omsorgen for 5 623 barn.¹ Samfunnet har gitt hjemler i lov til å gripe inn hvor foreldrene ikke er i stand til ta vare på barna sine. Lov om barneverntjenester av 17. juni 1992 nr. 100 (barnevernloven) har gitt barneverntjenesten en adgang til å gripe inn i forholdet mellom barn og foreldre når dette er nødvendig for å sikre barnets beste. De kan da blant annet velge å ta barnet ut av hjemmet og for eksempel plassere det i fosterhjem jfr barnevernloven §§ 4-12 og 4-14. De har imidlertid bare adgang til å ta barnet ut av hjemmet, når det ikke er mulig å avhjelpe mangelen i omsorgen ved bruk av hjelpetiltak i hjemmet jfr barnevernloven § 4-12, 2. ledd. Loven trapper med andre altså opp adgangen til å gjøre inngrep i forholdet mellom barn og foreldre etter graden av mangelen ved omsorgen.

Ikke alle båndene blir brutt når barnevernet overtar omsorgen for et barn.

Foreldrene mister imidlertid både den daglige omsorgen for, og den daglige omgangen med, barna. I sakene hvor barnevernet overtar omsorgen for barna må de vurdere om det skal være samvær. Loven legger vekt på at barna har godt av å ha samvær: "Det er alminnelig akseptert at det generelt er et gode for barnet å ha kontakt også med de biologiske foreldre, og dette bør være lovens utgangspunkt."²

Barnevernet spiller en sentral rolle når det gjelder samvær etter omsorgsovertakelse. Både fordi de har en plikt til å bidra til at samvær faktisk

¹ <http://www.ssb.no/barneverng/main.html>

² NOU 1985:18, side 168

finner sted og fordi omfanget av samværet som blir fastsatt av for eksempel fylkesnemnda, er et minimum, og barnevernet må vurdere om det er adgang til å utvide dette samværet etter hvert som situasjonen utvikler seg.

Saker om samværsrett etter omsorgsovertakelse er kompliserte saker som kan ha flere motstridende interesser. Det dreier seg her om barn og foreldre som har så store problemer at barnevernet har måttet gripe inn. Det er veldig inngripende tiltak når barnevernet overtar omsorgen for et barn. Når barnevernet også kan gå lenger enn dette og nekte foreldrene å se barna sine, er dette enda mer inngripende. Det er ikke til å komme unna at dette er dramatiske saker for partene som er involvert. At tiltakene har så inngripende virkning for partene kan gjøre det veldig vanskelig å ta en avgjørelsen. Barna kan for eksempel være veldig knyttet til foreldrene sine og ønske å være hos dem. De kan av samme grunn ønske å se foreldrene sine etter en omsorgsovertakelse. For foreldrene må det også oppleves som forferdelig å miste omsorgen for barna sine og retten til å se dem. Imidlertid er det slik at det noen ganger blir aktuelt å nekte samvær etter omsorgsoverakelsen fordi barna ikke vil ha godt av samvær. Her er man nødt til å vurdere hva som er til beste for barnet, og det er ikke alltid at dette er det barnet selv ønsker. Dette er noe av grunnen til at Høyesterett ofte påpeker at dette er vanskelige saker.

Utgangspunktet etter omsorgsovertakelse er i følge barnvernloven § 4-19 og praksis at samvær skal finne sted. Grunnen til dette er at samvær er viktig for at omsorgen skal kunne tilbakeføres til foreldrene. Samværsretten beskytter nemlig barna og foreldrenes mulighet til å beholde kontakten med hverandre. Begrensninger i retten til samvær, som foreldrene og barna selv ikke ønsker, må følgelig begrunnes. Hvis det for eksempel er spørsmål om å nekte samvær er dette et såpass inngripende tiltak at det må stilles strenge krav til begrunnelsen.

Det er imidlertid viktig å huske på at samværsretten er en rettighet som skal ivaretas. Denne retten beskyttes også av Den europeiske menneskerettighetskonvensjonen (EMK), noe som gjør at samværsretten også er en menneskerett.

1.1.2 Problemstilling

Utgangspunktet for oppgaven er at den daglige omsorgen er tatt fra foreldrene. Dette kan både være midlertidig og mer permanent etter som situasjonene utvikler seg. I denne perioden har i utgangspunktet både foreldrene og barna en gjensidig rett til samvær med hverandre. Spørsmålet i denne oppgaven vil behandle problemstillingene rundt om det skal være samvær, hvilket omfang samværet skal ha og eventuelt om det skal stilles betingelser til omgangsformen.

1.1.3 Avgrensning

Jeg avgrenser besvarelsens til å gjelde inngrep i samværsretten etter omsorgsovertakelse. Dermed skriver jeg bare om samvær etter barnevernloven.

1.1.4 Definisjoner

Med samværsrett menes her en rett for barn og foreldre til å møte hverandre og tilbringe tid sammen når barnevernet har overtatt omsorgen for barnet.

”Samværsrett omfatter både at foreldrene kan besøke barnet, og at barnet kan besøke foreldrene”.³

1.1.5 Barnerettens grunnleggende hensyn og prinsipper

På barnerettens område er det flere viktige grunnleggende prinsipper som må tas med i vurderingen når det skal tas avgjørelser som gjelder barn. Avgjørelser

³ NOU 1985:18, side 168

innenfor barnevernrettens område er ikke noe unntak. Hensynene og prinsippene får også betydning i avgjørelser om samværsrett.

1.1.5.1 Barnets beste

Barnets beste er et hensyn som er avgjørende i barnevernretten. Hensynet kommer noe annerledes frem i barnelovens § 48 som sier at avgjørelser først og fremst skal rette seg etter hva som er best for barnet. Hensynet sier selv hva det går ut på; nemlig at man i vurderinger av tiltak skal ta med i vurderingen hvilke tiltak som vil være best for barnet.

Hensynet kommer blant annet til uttrykk i barnvernlovens § 4-1 som sier at det skal legges avgjørende vekt på å finne tiltak som er til beste for barnet.

Bestemmelsen er plassert som den første i barnevernlovens kapittel om hvilke tiltak som kan iverksettes. Plasseringen i loven viser at prinsippet har stor betydning og skal tillegges tung vekt i avgjørelser når det iverksettes tiltak.

I forarbeidene sier lovgiver om hensynet: ”Departementet er enig i at målet er å finne tiltak som er til barnets beste, og at det i lovteksten bør presiseres at det skal legges *avgjørende* vekt på dette.”

FNs konvensjon om barns rettigheter (barnekonvensjonen) stiller i artikkel 3 også et krav til at barnets beste skal være et grunnleggende hensyn ved alle handlinger som berører barn. I den engelske lovteksten stilles det krav om at barnets beste skal være ”a primary consideration”. Utformingen av prinsippet her viser at norsk lov legger tyngre vekt på dette hensynet, jfr ”avgjørende vekt”.

Hensynet kommer ikke direkte til uttrykk i EMK, men av praksis fra Den europeiske menneskerettighetsdomstolen (EMD) kan vi se at det også her tillegges vekt.

1.1.5.2 Det biologiske prinsipp

I norsk rett er det et grunnleggende utgangspunkt at det er foreldrene som skal ta seg av sine barn uten inngrep fra det offentlige. I barneretten har dette kommet til uttrykk i det biologiske prinsipp. I følge Sosiallovutvalget går prinsippet i hovedsak ut på at barna har det best hvis de bor hos foreldrene sine.⁴

Selv om prinsippet skal tillegges vekt i avgjørelser om å iverksette tiltak, kan dette prinsippet komme i konflikt med de andre prinsippene og hensynene. Sandberg uttaler om det biologiske prinsipp: ”det biologiske utgangspunkt får bare betydning i den utstrekning det er til barnets beste.”⁵

1.1.5.3 Det mildeste inngreps prinsipp

Det mildeste inngreps prinsipp går ut på at det ikke skal iverksettes mer inngripende tiltak enn det som er nødvendig. Dette innebærer at hvor det er mulig å avhjelpe en mangel ved omsorgen for et barn ved hjelp av hjelpetiltak, så skal dette gjøres. Et eksempel på prinsippet finnes blant annet i barnevernlovens § 4-12, 2. ledd annet punktum hvor det fremgår at et vedtak om omsorgsovertakelse ”... ikke kan treffes dersom det kan skapes tilfredsstillende forhold for barnet ved hjelpetiltak ...”

Prinsippet kan sies å komme frem også i EMK artikkel 8,2. som sier at inngrep fra myndighetens side må være nødvendige for at de ikke skal medføre et brudd på rettighetene etter konvensjonen.

1.1.5.4 Permanency planning

Haugli skriver om prinsippet som hun kaller for ”Permanency planning”.

⁴ NOU 1985:18 s 156

⁵ Kirsten Sandberg, Tilbakeføring av barn etter omsorgsovertakelse, 1. utg. 2003.

Prinsippet har sitt utgangspunkt i barnevernlovens § 4-1 som sier at det ved avgjørelser av hva som er til beste for barnet, skal legges vekt på å gi barnet en stabil og god voksenkontakt og kontinuitet i omsorgen.

Prinsippet er i følge Haugli en nærmere presisering av hva som er til beste for barnet. Hun viser til at prinsippet følger av barnevernlovens § 4-15, 3. ledd når det gjelder samvær. I barnevernloven § 4-15, 3. ledd kommer prinsippet til uttrykk gjennom at barneverntjenesten ved omsorgsovertakelsen skal vedta planen for omsorgssituasjonen til barnet og følge opp denne innen to år med en endelig plan.⁶

⁶ Trude Haugli, Samværsrett i barnevernssaker, 2. utg. 2000, side 29.

1.2 Rettskilder

1.2.1 Lover

Lov om barneverntjenester av 17. juni 1992 har sentral betydning som rettskilde i oppgaven. Bestemmelsene som tar for seg samværsretten er blant annet i § 4-19, som gir en gjensidig rett til samvær for både barn og foreldre.

Videre har barnevernloven en bestemmelse som legger føringer på hvordan denne retten skal gjennomføres. Det følger av barnevernloven § 4-1 at det skal tas hensyn til hva som er til barnets beste. Bestemmelsen stiller også et krav til at det skal legges vekt på å gi barnet stabil og god voksenkontakt og kontinuitet i omsorgen.

Barnevernloven § 4-15 gir bestemmelser som pålegger barnevernet å ta hensyn til om det skal være samvær eller ikke når de plasserer barnet etter omsorgsovertakelsen.

§ 6-3 gir bestemmelser om barns rett til å bli hørt og om barns partsrettigheter.

1.2.2 Forarbeider

De forarbeidene som er anvendt i oppgaven er NOU 1985:18 Lov om sosiale tjenester m.v., Ot. prp. Nr 44 (1991-92), NOU 2000:12, Barnevernet i Norge, Stortingsmelding nr. 40 (2001-02) "Om barne- og ungdomsvernet", Innst. O. nr. 80 (1991-92) og Ot.prp. nr 56 (1996-97)

1.2.3 Praksis

Høyesterett har behandlet spørsmålet om samvær i Rt 1996 side 1684, Rt 1997 side 534, Rt 1998 side 787, Rt 2001 side 14, Rt 2002 side 875 og side 908, Rt 2003 side 425, Rt 2004 side 1046 og i Rt 2005 side 624.

Avgjørelser fra lavere instanser er ikke tatt inn oppgaven på grunn av plassmangel.

Praksis fra Den europeiske menneskerettighetsdomstolen tar også opp spørsmålet om samværsrett for barn og foreldre etter omsorgsovertakelse.

1.2.4 Juridisk litteratur

Mye av teorien i oppgaven baserer seg på Trude Hauglis ”Samværsrett i barnevernssaker” som er den første boken som ble skrevet innen dette området i jussen. Annen juridisk litteratur jeg benyttet meg av er Steinar Tjomsland ”Barnevern og omsorgsovertakelse” og Kirsten Sandberg ”Tilbakeføring av barn etter omsorgsovertakelse”. Erik Møse’s ”Menneskerettigheter”, Lucy Smith’s Barn, foreldre og menneskerettigheter, i Jussens Venner 1991, og Knut Lindboe’s ”Barnevernrett” er også anvendt.

1.2.5 Menneskerettighetsloven

Lov om styrking av menneskerettighetenes stilling i norsk rett av 21. mai 1999 nr. 30 (Menneskerettighetsloven) har blant annet gjort den europeiske menneskerettskonvensjonen (EMK) og FNs konvensjon om barns rettigheter (Barnekonvensjonen) til norsk lov. Med menneskerettighetsloven er også disse konvensjonene gitt forrang dersom de kommer i strid med norsk lov, jfr. § 3 i loven.

EMKs artikkel 8 stiller krav til at retten til familieliv skal beskyttes. Bestemmelsen stiller også et krav om at eventuelle inngrep må være nødvendige for at det ikke skal foreligge brudd på denne retten.

FNs barnekonvensjon artikkel 3 og 9 gir også bestemmelser om retten til samvær og barnets beste.

1.2.6 Andre rettskilder

Under punkt 3.3.7.2 i oppgaven anvender jeg data fra fengselsundersøkelsen til Juridisk rådgivning for kvinner, som blir publisert høsten 2005.⁷ Jeg anvender også informasjon fra Quaker United Nations Office.⁸

⁷ Kvinners soningsforhold, En fengselsundersøkelse utført av Juridisk Rådgivning for Kvinner JURK.

⁸ Babies and Small Children Residing in prisons, Quaker United Nations Office.

1.3. Utviklingen

Selv om det alltid har vært enighet om at samvær skal finne sted når foreldre går fra hverandre har ikke situasjonen vært den samme når barnevernet har overtatt omsorgen for barn.

Samværsretten etter omsorgsovertakelse ble ikke lovfestet før i barnvernloven av 1992. Selv om det til da ikke hadde vært noen lovfestet rettighet å ha samvær, hadde det allerede da utviklet seg en praksis på samvær etter omsorgsovertakelse ifølge Odelstingsproposisjonen til den nye barnevernloven⁹: ”Videre er det antatt, ut fra den praksis som har vært fulgt, at vedtak om omsorgsovertakelse gir grunnlag for å regulere samværsretten mellom barn og foreldre.”

Trude Haugli skriver om bakgrunnen for at denne praksisen for samvær hadde utviklet seg. Praksisen hadde tilsynelatende skjedd ut fra en tolkning av lovens omsorgsbegrep og hva det innebar å overta omsorgen for et barn. Loven ble tolket slik at når man hadde fratatt foreldre omsorgen for et barn, kunne barnevernet med grunnlag i dette vedtaket også bestemme om det skulle være samvær eller ikke og hvordan et samvær eventuelt skulle foregå.¹⁰

Av forarbeidene til barnevernloven av 1953 fremgår det også at den tok sikte på at det skulle kunne være kontakt mellom barn og foreldre etter omsorgsovertakelsen selv om de ikke fant noe behov for å lovfeste denne retten. Under barnevernloven av 1953 var det i praksis antatt at vedtaket om omsorgsovertakelse gav et grunnlag for også å regulere samværsretten mellom barn og foreldre. Det var også

⁹ Ot prp nr 44 1991-92, s 51.

¹⁰ Haugli, Samværsrett i barnevernssaker, 2. utg. 2000, side 86-87.

antatt at det ut fra omsorgsovertakelsen var adgang til å nekte samvær helt og plassere barnet på skjult adresse.¹¹

Når samværsretten ble lovfestet, hadde det blant annet bakgrunn i forskning som konkluderte med at det ut fra flere hensyn burde være samvær mellom barn og foreldre etter omsorgsovertakelse. I Odelstingsproposisjonen til loven sies det: ”Nyere forskning har vist at det i mange tilfelle er svært viktig for barn i fosterhjem å opprettholde kontakt med sine biologiske foreldre, både fordi det er sterke følelsesmessige bånd mellom barna og foreldrene, og for at barnet derigjennom kan få en følelse av kontinuitet i livet sitt. ... Sosiallovutvalgets forslag forutsetter at det er barnets behov som regulerer samværsretten.”¹²

Både hensynet til hva som er barnets beste og det biologiske prinsipp lå altså til grunn for å lovfeste samværsretten etter omsorgsovertakelse. Videre lå hensynet til at barnet trenger stabilitet i oppveksten til grunn for lovforslaget.

I sin første dom etter at den nye barnvernsloven trådte i kraft, Rt. 1996 side 1684, uttalte Høyesterett om samværsretten at det er et utgangspunkt at barn og foreldre har rett til samvær med hverandre etter omsorgsovertakelsen. Høyesterett uttalte også: ”Ved fastsettelse av samværets omfang i saker om omsorgsovertakelse kan de hensyn som gjør seg gjeldende til dels være andre enn i forbindelse med separasjon og skilsmisse. Den normalordning som følger av barneloven §44 gir derfor ikke et utgangspunkt for fastsettelsen.”

Her sier altså Høyesterett for første gang at det er andre hensyn som må vurderes i en avgjørelse om samvær etter omsorgsovertakelse.

¹¹ Ot prp nr 44 (1991-92), s 51

¹² Ot prp nr 44 (1991-92), s 51.

2 Samværsrettens innhold, utgangspunkt og hensyn

2.1 Samværsrettens innhold

Når foreldrene blir fratatt omsorgen for barna sine er dette fordi de ikke er i stand til å ta vare på dem. Barna og foreldrene har etter omsorgsovertakelse likevel en gjensidig rett til samvær som en hovedregel, jfr. barnevernloven § 4-19. Hva inneholder imidlertid denne retten til samvær? Hvilket omfang skal den ha? Når kan man si at det foretas et inngrep i samværsretten?

2.1.1 Innholdet av samværsretten

Samværsretten er den gjensidige retten for barn og foreldre til å møte hverandre og å tilbringe tid sammen når de ikke bor sammen. Forarbeidene sier om dette: ”uttrykket samværsrett omfatter både at foreldrene kan besøke barnet, og at barnet kan besøke foreldrene.”¹³

Det kan imidlertid stilles spørsmål om innholdet i samværsretten gir barn og foreldre rett til å ha kontakt med hverandre på en annen måte enn gjennom å tilbringe tid sammen. Et eksempel her kan være å ha kontakt gjennom brev eller gjennom telefon. I følge Haugli må imidlertid retten til samvær etter sitt formål også omfatte andre former for kontakt, som rett til telefonkontakt, rett til å sende og motta brev og bilder og å utveksle gaver.¹⁴ Formålet med samværet er jo at barnet skal beholde kontakten med sine foreldre.

Uttalelsene i forarbeidene kan også tyde på at dette er tilfellet: ”Ved fastsettelsen av samværsrettens omfang, må det i første rekke legges vekt på den verdi det kan ha for barnet

¹³ NOU 1985:18, s 168.

¹⁴ Trude Haugli, Samværsrett i barnevernssaker, 2. utg. 2000, side 130.

at kontakten med de biologiske foreldrene opprettholdes. § 4-19 gjelder spørsmålet om rett til samvær og er ikke til hinder for at barnevernetjenesten praktiserer samværsretten mer fleksibelt og i større omfang dersom dette ikke er i strid med de forutsetninger som er lagt til grunn i fylkesnemndas vedtak.”¹⁵ At det er adgang til å praktisere samværsretten mer fleksibelt kan tyde på at det er adgang til å la det være andre former for kontakt mellom barn og foreldre enn kun hvor de besøker hverandre.

Barnevernloven sier ikke noe om hvilken rett samværsretten gir til å ta avgjørelser som gjelder barnet, i motsetning til Lov om barn og foreldre av 8. april 1981 nr 7 (barneloven) som i § 42 gir retningslinjer for dette. Det følger av denne bestemmelsen at den som er sammen med barnet kan ta avgjørelser som gjelder omsorgen for barnet.

Ifølge Haugli kan det være nærliggende å trekke paralleller fra barnelovens regler om samværsrett når rettskildematerialet omkring barnevernsloven tier om reglene og pliktene som følger av barneretten.¹⁶ I forarbeidene til barneloven uttaler Barne- og familiedepartementet om innholdet i samværsretten: ”Når avgjørelser som relaterer seg til dagliglivet skal tas av dem som til enhver tid er sammen med barnet, vil den samværsberettigede i utstrakt grad kunne ta avgjørelser om de daglige gjøremål som angår barnet, som påkledning, leggetider osv.”¹⁷

I hvilken grad samværsforelder får anledning til å ta slike avgjørelser i forbindelse med samvær, vil reguleres etter omfanget og gjennomføringen av samværet. Hvor samværet gjennomføres i noen timer i løpet av en dag, hjemme hos fosterforeldrene, er det for eksempel grenser for hvilke avgjørelser samværsforelder får ta. Hvor det er samvær med overnatting vil samværsforelder måtte ta disse avgjørelsene i større grad.

¹⁵ Innst. O. nr. 80 (1991-92), side 27

¹⁶ Haugli, Samværsrett i barnevernssaker, 2. utg. 2000, side 130.

¹⁷ Ot prp nr. 56 (1996-97), punkt 6.2.4.

2.1.2 Omfanget av samværsretten

Når samvær finner sted utenfor omsorgsovertakelse er dette fordi foreldrene ikke lenger bor sammen. Barneloven § 43 gir her regler om omfanget av samvær. Barnevernloven gir imidlertid ingen føringer på omfanget av samværet, annet enn at det i utgangspunktet skal være samvær.

Ser man i barnevernlovens § 4-1 får man imidlertid en viss veiledning. Sammenholdes bestemmelsen med barnevernlovens § 4-19 stiller den opp et krav om at man ved vurderingen av omfanget av samværet skal ta hensyn til hva som er til beste for barnet. I denne vurderingen skal man legge vekt på å gi barnet en ”stabil og god voksenkontakt og kontinuitet i omsorgen”, jfr. siste punktum i bestemmelsen. Lovgiver legger altså opp til at det skal foretas en konkret vurdering av samværets omfang i den enkelte sak.

Det kan stilles spørsmål til hvorfor lovgiver valgte å ikke ta inn noen bestemmelser om omfanget av samværet, slik som det er gjort i barneloven. Kan dette være fordi det ikke vil være hensiktsmessig å fastsette noen ”normal” for omfang av samvær i slike saker? Kan det være fordi samvær i saker om omsorgsovertakelse bør avgjøres konkret fra sak til sak? Det finnes ikke noe klart svar på dette i forarbeidene.

I forarbeidene til loven fremgår det: ”Departementet mener at samværsrettens *omfang* bør bestemmes av det organ som treffer vedtak om ansvarsovertakelse.”¹⁸ Dette kan også gi en viss føring på at det er det organet som overtar omsorgen som er nærmest til å kunne foreta en konkret vurdering av hvilket omfang samværet bør ha. Grunnen til dette kan være fordi de sitter inne med informasjonen om den konkrete saken. Det kan likevel være vanskelig å vite hvordan man skal fastsette omfanget av samværet. At forarbeidene uttaler seg forskjellig gjør det også vanskelig å vite sikkert hva som skal legges til grunn. I proposisjonen uttales det også at det kan være grunn til å søke veiledning i barneloven

¹⁸ Ot prp nr. 44, (1991-92) side 52

§ 44.¹⁹ Sosiallovutvalget uttalte i motsetning til dette at: ”Vanlig samvær” etter barneloven ikke uten videre har betydning når det er truffet vedtak om omsorgsovertakelse.²⁰

I Rt. 1996 side 1684 uttalte Høyesterett seg om omfanget av samværet. Saken dreide seg om opphevelse av vedtak om omsorgsovertakelse for tre barn. Foreldrene fikk ikke medhold. Barna hadde blitt utsatt for fysiske avstraffelser og seksuelle overgrep under foreldrenes omsorg. Her uttalte Høyesterett i sin vurdering av samværsspørsmålet: ”Ved fastsettelse av samværets omfang i saker om omsorgsovertakelse kan de hensyn som gjør seg gjeldende til dels være andre enn i forbindelse med separasjon og skilsmisse. Den normalordning som følger av barneloven § 44 gir derfor ikke et utgangspunkt for fastsettelsen. ... de bestemmelser som samvær som nå fastsettes skal forstå som et minimumssamvær. Dommen er ikke til hinder for at det mer omfattende samvær praktiseres i forståelse med barnevernstjenesten...”

Høyesterett uttalte seg også om samvær i Rt. 2005 side 624. Saken dreide seg om en fysisk funksjonshemmet 13 år gammel jente. Samarbeidet mellom moren og barnevernet hadde vært problematisk og barnet hadde av den grunn fått en negativ holdning til moren. Det ble lagt vekt på morens mangelfulle evne til positivt samarbeide med skole og øvrig støtteapparat ble også tillagt vekt. I spørsmålet om omfanget av samvær uttalte Høyesterett: ”Kommunen har bedt om at tingrettens dom stadfestes også på dette punkt, noe som innebærer samvær seks ganger i året à seks timer og da slik at barneverntjenesten kan bestemme at det skal være tilsyn under samværene. Jeg har forståelse for mors ønske om mer omfattende samvær, inklusive helgesamvær. Under en viss tvil er jeg blitt stående ved at tingrettens dom bør stadfestes. Men jeg understreker at det samværet som fastsettes av Høyesterett, er et minimumssamvær, og at det forutsettes at barneverntjenesten løpende vurderer både utvidet samvær og behovet for å opprettholde tilsyn.”

¹⁹ Ot prp. Nr. 44 (1991-92), side 112

²⁰ NOU 1985:18 side 168

Begge dommene viser at barnevernet må vurdere omfanget av samvær ut fra hvordan forholdet for omsorgsovertakelsen utvikler seg. Dette taler for at omfanget av samværet må vurderes fra sak til sak og at det er forholdene i den konkrete saken som avgjør hvilket omfang som er forsvarlig å ha.

Barnevernslovens § 4-19 gir fylkesnemnda kompetanse til å ta avgjørelser om samværsrettens omfang. Dette er noe som taler i mot at barnevernet av eget tiltak kan innskrenke samværsretten. I Rt. 1996 side 1684 og 2005 side 624 uttaler Høyesterett at samværet som de fastsetter kun er et minimum. Dette taler for at det er adgang for barnevernet til å utvide samværet. I de tilfellene barneverstjenesten derimot mener at betingelsene som fylkesnemnda har satt for samværet bør skjerpes, er utgangspunktet at barnevernstjenesten må fremme saken for nemnda for å få en ny vurdering. Dette sier også Haugli.²¹

2.1.3 Hva er inngrep i samværsretten?

Med inngrep i samværsretten menes avgjørelser som setter grenser for samværet som samværsforelderen eller barnet ikke ønsker. Det kan for eksempel være tilfellet hvor det fastsettes samvær bare noen få ganger i året eller hvor det føres tilsyn ved samværet. Det har imidlertid vært vanskelig å definere hva som egentlig er et inngrep i samværsretten barnevernlovens § 4-19 ikke definerer hva omfanget av samværet skal være. Dermed har vi ikke en normalordning å ta utgangspunkt i. Det er for eksempel klart at det er et inngrep hvis det fastsettes samvær et par ganger i året. Men kan det sies at det er et inngrep i samværsretten i de tilfellene hvor det blir fastsatt samvær en gang i måneden, og barn og foreldre ønsker samvær en gang i uken? Det kan tenkes at "vanlig samvær" etter barnelovens § 43 kan være et ytterpunkt og at alt som er mindre enn dette omfanget er et inngrep slik også Haugli sier.²²

²¹ Haugli, Samværsrett i barnevernsaker, 2. utg. 2000, side 391.

²² Haugli, Samværsrett i barnevernssaker, 2. utg. 2000, side 137

For det første er det klart at det er et inngrep i samværsretten hvor det føres tilsyn ved samværet. Kan det imidlertid sies at alt som begrenser retten til samvær mellom barn og foreldre er et inngrep. Eller foreligger det kun inngrep i samværsretten hvor denne nektes helt? Eller hvor det gis mindre samvær enn hva som er best ut fra hensynet til barnet? Kan det sies å foreligge et inngrep i samværsretten når barn og forelder ikke får adgang til å tilbringe så mye tid sammen som de ønsker etter omsorgsovertakelse?

Det er vanskelig å si hva et inngrep er når barneloven ikke kan gi føringer for omfanget av samværsretten. Ut fra lovteksten er det dermed vanskelig å si hva som er et inngrep i samværsretten. Det er imidlertid klart at det å nekte samvær er et inngrep i samværsretten. Når loven i § 4-19 stiller opp som et utgangspunkt at samvær skal finne sted, må det sees på som et inngrep i samværsretten når samvær nektes. Det er inngrepene som ikke gjelder nekting av samvær som er vanskeligere å si om er inngrep eller ikke. Det er i de tilfellene hvor det er snakk om andre typer regulering av samværsretten, enn å nekte samvær, at det er vanskelig å si om det er et inngrep eller ikke.

Ut fra formålet i barneloven om at barnet skal ha samvær med sine foreldre bør man imidlertid kunne konkludere med at jo mer samværet blir regulert, vil man kunne si at det er snakk om et inngrep i samværsretten. Det vil dermed være nærmere å si at det foreligger inngrep i samværsretten hvor det kun er adgang til samvær to ganger i året, i motsetning til hvor det fastsettes samvær en gang i måneden. Ulike typer inngrep og inngrepssituasjoner behandles nærmere i kapittel 3.1.

2.2 Utgangspunktet for samvær etter omsorgsovertakelse

I dette avsnittet behandles utgangspunktet for samvær etter omsorgsovertakelse. Det gjøres rede for hjemmelen for samværsretten etter barnevernloven og hvilken vekt Høyesterett legger på å beskytte denne retten. Hjemmel for beskyttelse av retten i menneskerettighetsloven behandles også.

2.2.1 Hjemmelen for samværsretten

Ved omsorgsovertakelser er det alltid et utgangspunkt at omsorgen skal tilbakeføres til foreldrene når foreldrene kan gi barnet forsvarlig omsorg, jfr. barnevernloven § 4-21. Derfor må også forholdene legges til rette for tilbakeføring. Dette skjer blant annet ved at det alltid er et utgangspunkt at samvær skal gjennomføres etter omsorgsovertakelsen, jfr. barnevernloven § 4-19, slik at barnet ikke mister kontakt med foreldrene sine. Følgelig er samvær etter at omsorgsovertakelse har funnet sted, en viktig forutsetning for at tilbakeføring skal kunne skje. Bestemmelsen i § 4-19 gir en gjensidig rett til samvær både for barn og foreldre. Dette uttaler også Høyesterett i Rt. 2005 side 624: ” Bestemmelsen bygger på at foreldre og barn har en gjensidig rett til samvær”²³

2.2.2 Praksis

Høyesterett har fått spørsmålet om samværsrett etter omsorgsovertakelse opp til behandling flere ganger. Ut fra praksisen kan en se at retten til samvær, er en rett som Høyesterett legger vekt på å beskytte.

Høyesterett behandlet spørsmålet om samværsrett i Rt 1998 side 787. Saken dreide seg om en gutt som hadde vært plassert i fosterhjem over lengre tid. Til å begynne med fant samvær sted, men dette ble stoppet fordi samværet medførte sterk motvilje hos barnet og etterfølgende angst og uro. Når spørsmålet om samvær ble behandlet hadde det ikke funnet

²³ Rt. 2005 side 624. Punkt 45.

sted samvær på over 6 år. Gutten hadde imidlertid begynt å vise tvil til om han ønsker samvær med sin far, i motsetning til tidligere hvor det var tydelig at han ikke ønsket dette. Høyesterett uttalte på side 791 i dommen: "Utgangspunktet etter barneloven § 4-19 første ledd er at barn og foreldre har rett til samvær med hverandre om ikke annet er bestemt. ... Lovens utgangspunkt medfører at en langsiktig omsorgsovertakelse ikke i seg selv er til strekkelig til å nekte samvær." Selv om det ikke hadde funnet sted samvær på over 6 år ble det nå fastsatt samvær.

En annen dom som kanskje enda bedre illustrerer hvor godt samværsretten er beskyttet, er Rt 1997 side 534. Saken gjaldt i utgangspunktet spørsmål om adopsjon og i den forbindelse fratakelse av foreldreansvar for to gutter. Guttene hadde hatt samvær med sin mor under plasseringen i fosterhjem til å begynne med, som etter hvert ble trappet ned til samvær kun to ganger i året. De sakkyndige gav uttrykk for at guttene var trygge i sitt samvær med sin mor og hennes foreldre. Forholdet mellom mor og barnevernet hadde vært konfliktfylt. Høyesterett la her til grunn at fosterhjemsplasseringen ville måtte bli varig for begge guttene. Vilåårene for adopsjon var ellers oppfylt bortsett fra vilååret om at adopsjonen måtte være til barnets beste. Her uttalte Flertallet på side 539 i dommen: "Det som taler mot at det gis adopsjonssamtykke i denne saken, er forholdet mellom guttene og deres biologiske mor, i første rekke deres behov for samvær med henne." Fosterforeldrene hadde imidlertid sagt seg villig til å sørge for at samvær skulle finne sted etter at adopsjon eventuelt hadde funnet sted. Førstvoterende viser imidlertid til usikkerheten rundt om barna ville få tilstrekkelig samvær etter en eventuell adopsjon, og uttalte på side 540: "De usikkerhetsfaktorene jeg her har pekt på, gjør det vanskelig for meg med noen grad av sikkerhet å si at det er best for guttene å bli adoptert. Jeg finner derfor at samtykke til adopsjon ikke bør gis."

Selv om vilåårene for adopsjon altså ellers var oppfylt, og selv om det ble åpnet for mulighet til videre samvær fra fosterforeldrenes side, også etter en eventuell adopsjon, valgte Høyesterett å ikke gi medhold til adopsjon for å beskytte retten til samvær. I denne

saken var det altså så viktig for Høyesterett å beskytte denne retten, at de valgte å ikke ta noen sjanse på at den ikke ville bli opprettholdt etter en adopsjon.

I begge dommene ser vi at plasseringen er varig og at det blir stilt spørsmål ved samværsretten. Høyesterett velger imidlertid å fastsette samvær fordi de mener at det er viktig for barna og beholde kontakten med foreldrene sine. Det biologiske prinsipp blir her altså tillagt vekt, hvilket også er bakgrunnen for utgangspunktet om at samvær skal finne sted. Videre ble også hensynet til barnets beste tillagt vekt i avgjørelsen. I dommen fra 1998 side 787 kom altså ikke barnets beste i veien for det biologiske prinsipp. Høyesteretts fastsettelse av samvær i dommene er også i samsvar med den første dommen som ble avsagt etter at barnevernloven av 1992. Også her, i Rt. 1996 side 1684, ble det fastsatt samvær.

Retten til samvær er altså så grunnleggende og viktig at Høyesterett velger å beskytte den selv om barna er varig plassert og ikke bare hvor det er snakk om kortsiktige plasseringer hvor barna, i utgangspunktet helt klart, skal tilbake til foreldrene.

Dette viser altså at barnevernlovens utgangspunkt i § 4-19 om at samvær skal finne sted, veier tungt i avgjørelsene hvor spørsmålet blir behandlet.

2.2.3 Samværsretten som menneskerett

2.2.3.1 Retten til samvær etter EMK

Når barnevernet overtar omsorgen for et barn har ifølge Møse både barna og foreldrene fortsatt rett til familieliv, jfr. EMK artikkel 8.²⁴

Ser man på artikkelens formulering fremgår det ikke konkret at barn får beskyttelse av den. Ser man på artikkel 1 i konvensjonen står det imidlertid at statene er forpliktet til å beskytte ”enhver” innen sitt myndighetsområde. Formuleringen sier ikke at det bare er voksne som

²⁴ Erik Møse, Menneskerettigheter, 2. opplag, 2003, side 417.

har rettigheter etter konvensjonen. Dette kan tale for at også barn har krav på beskyttelse av rettighetene etter konvensjonen. I følge Lucy Smith beskytter også konvensjonen barns rettigheter: ”Når det gjelder de almenne negative rettigheter, dvs. individets rett til å bestemme for seg selv og til beskyttelse og respekt for rettighetene etter konvensjonen, må disse prinsippene også gjelde for barn – så vel som i forholdet til foreldrene som i forholdet til andre.”²⁵

I følge praksis for Den europeiske menneskerettsdomstolen EMD beskytter artikkel 8 også retten til samvær etter omsorgsovertakelse. Et eksempel på dette kommer blant annet frem i saken W mot Storbritannia hvor domstolen uttalte: ”The natural enjoyment by parent and child of each others company constitutes a fundamental element of family life. Furthermore, the natural family relationship is not terminated by reasons the fact that the child is taken into public care.”

Dette synspunktet ble også fastholdt i senere dommer av EMD, blant annet i Olsson (1) mot Sverige. Med andre ord er også i følge EMK samværsretten et utgangspunkt etter omsorgsovertakelse. Når EMK beskytter samværsretten, medfører dette at det ikke kan gjøres inngrep i denne retten hvis det vil komme i strid med rettighetene etter konvensjonen.

Selv om EMK artikkel 8 beskytter retten til familieliv kan det likevel gjøres inngrep i denne retten, jfr. artikkel 8,2. avsnitt: ”Retten til respekt for sitt familieliv er således ikke til hinder for at staten ved lovgivning regulerer forskjellige sider av familielivet som f.eks. ... en nærmere regulering av foreldremyndighetens innhold.” Hvilke inngrep som kan gjøres skal vi se nærmere på senere i oppgaven.

2.2.3.2 Samværsretten etter barnekonvensjonen

Barnekonvensjonen beskytter spesielt barns rettigheter. Konvensjonen beskytter også barna i spørsmål om samvær etter omsorgsovertakelse.

²⁵ Lucy Smith, Barn, foreldre og menneskerettigheter, i Jussens Venner 1991 side 113.

I følge artikkel 9,1. og 2 avsnitt i barnekonvensjonen pålegges statene en plikt til å sørge for at barn ikke blir skilt fra sine foreldre mot deres vilje. Artikkelen pålegger også statene en plikt til å sørge for at barna får jevnlig samvær med sine foreldre dersom de likevel er atskilt fra hverandre.

I begge bestemmelsene åpnes det for at det kan gjøres inngrep i disse rettighetene dersom dette er til barnets beste på samme måte som i barnevernloven.

Barnekonvensjonen er prinsipielt viktig fordi den beskytter barnets rettigheter og at samvær inngår som en av disse rettighetene, selv om det ikke finnes noen konvensjonspraksis som kan gi nærmere veiledning om bestemmelsenes innhold. Dette understreker også Haugli.²⁶

²⁶ Haugli, Samværsrett i barneverssaker, 2. utg. 2000, side 159

2.3 Anvendelsen av barnevernrettens hensyn og prinsipper i spørsmålet om samværsretten

Prinsippene i barnvernretten kommer som sagt også til anvendelse i samværsspørsmålet etter omsorgsovertakelse. Her skal vi se på hvordan disse prinsippene blir anvendt i avgjørelser om samvær etter omsorgsovertakelse og hvilken vekt de blir tillagt.

2.3.1 Barnets beste

Det viktigste hensynet bak at samvær skal finne sted er hensynet til barnets beste. Hensynet kommer tydelig frem i flere bestemmelser i barnevernloven. Den bestemmelsen som er aktuell når det gjelder avgjørelser om samværsrett etter omsorgsovertakelse, er § 4-1. Bestemmelsen setter et krav til at det, ved avgjørelser om særlige tiltak, skal legges avgjørende vekt på å finne tiltak som er til beste for barnet. Den kommer følgelig også til anvendelse ved spørsmål om samvær skal finne sted.

Det kan sies at de andre hensynene som ligger bak samværsretten kun presiserer hensynet til barnets beste.

I følge forarbeidene skal ikke andre hensyn tillegges vekt dersom disse ikke er av betydning for barnet. Det kommer imidlertid også frem at andre hensyn skal tillegges vekt dersom ikke barnets interesser gir tilstrekkelig veiledning.²⁷

Som nevnt overfor ble det også understreket i forarbeidene til barnevernloven at det skulle legges avgjørende vekt på barnets beste.

Det kan stilles spørsmål ved hvilke momenter som tillegges vekt i vurderingen av hva som er til best for barnet. Bestemmelsen gir en viss føring når den sier at det i vurderingen av

²⁷ NOU 1985:18 side 145

hva som er til barnets beste skal legges vekt på å gi barnet stabil og god voksenkontakt og kontinuitet i omsorgen. Ut over dette gir den imidlertid ikke noen informasjon om hvilke momenter som skal legges til grunn i vurderingen.

Å finne frem til hva som er til barnets beste vil kunne variere fra barn til barn. Det er dermed vanskelig å gi en uttømmende liste over momenter som skal tas med i barnets beste vurderingen. Dette gjelder også i spørsmålet om samvær etter omsorgsovertakelse. Sandberg påpeker at psykologene vil være nærmest til å uttale seg om de sidene ved barnets beste som gjelder psykologiske forhold, fordi de må antas å vite mest om psykologi.²⁸

Eksempler på momenter som kan komme inn i en vurdering av hva som vil være til barnets beste er om barnet er såpass knyttet til sine foreldre at det må gjennomføres et omfattende samvær for å unngå at barnet blir traumatisert av adskillelsen fra foreldrene. Det kan også være stikk motsatt; hvor barnet er såpass traumatisert i sitt forhold til sine foreldre at det bør vurderes å nekte samvær av den grunn at det ikke vil være til barnets beste. Dette kan vise seg ved at barnet har kraftige reaksjoner på samværet. Det forandrer atferd til et negativt atferdsmønster, eller reagerer med å få utslett eller å være utmattet etter samvær. Videre vil momenter i en slik vurdering kunne være om barnet og foreldre får en god kontakt med hverandre ved samvær som for eksempel ved at foreldrene viser sin oppmerksomhet til barnet og viser kjærlighet til barnet.

Et eksempel som kan vise at domstolene bygger på hensynet til barnets beste når det gjelder spørsmål om samvær, finner vi i Rt 2002 side 908. Saken dreide seg en mor som hadde blitt fratatt omsorgen for sin datter og om det skulle nektes samvær. Moren hadde psykiske problemer. Barnet fikk sterke reaksjoner etter samvær med moren i form av diaré og ilrødt utslett. Morens oppførsel gjorde blant annet datteren usikker på hvor hun i fremtiden skulle være hos. Her uttalte Høyesterett: "Når det er vedtatt omsorgsovertakelse, kan det altså etter § 4-19 andre ledd første punktum bestemmes at det av hensyn til barnet

²⁸ Sandberg, Tilbakeføring av barn etter omsorgsovertakelse, 1. utg. 2003, side 63.

ikke skal være samvær. Dette skjer etter en bred skjønnsmessig vurdering, der fylkesnemnda og domstolene må ta i betraktning det generelle utgangspunktet i barnevernloven § 4-1 at det ved avgjørelser etter lovens kapittel 4 skal legges avgjørende vekt på å finne tiltak som er til barnets beste.”

En kan si det slik at hensynet til at barnet skal ha kontakt med sine biologiske foreldre kan begrenses av hensynet til hva som er best for barnet. Dette gjelder også i spørsmålet om samværsretten etter omsorgsovertakelse.

2.3.1.1 Barnets beste i menneskerettsloven

I EMK kommer ikke hensynet til barnets beste konkret frem.

Barnets beste kommer bedre til uttrykk i Barnekonvensjonen. Her kommer hensynet blant annet til uttrykk i artikkel 3 som fastslår at barnets beste skal være ”a primary consideration” ved alle handlinger som berører barn.

Konvensjonen stiller også krav til at samvær bare skal finne sted, når barna er adskilt fra sine foreldre, hvis dette er til barnets beste. Se artikkel 9, 3. ”med mindre dette er i strid med barnets beste”

Haugli påpeker at selv om det ikke finnes noen konvensjonspraksis som kan gi bestemmelsen et nærmere innhold, når det gjelder spørsmålet om hva som er til barnets beste, er konvensjonen viktig på et prinsippielt og overordnet plan ved at den beskytter barnets menneskerettigheter, og at samvær inngår som en av disse.²⁹

2.3.1.2 Betydningen av barnets beste i samværsspørsmålet

Det er etter dette klart at det er barnets beste som har tyngst vekt i avgjørelsene om samværsretten og at det er dette hensynet som skal tillegges avgjørende vekt.

²⁹ Haugli, Samværsrett i barneverssaker, 2. utg. 2000, side 159

2.3.2 Det biologiske prinsipp

Det biologiske går som sagt ut på at det er best for barna å vokse opp hos sine foreldre. Hvordan stiller dette prinsippet seg når barnet er plassert utenfor hjemmet. Finnes det andre måter å opprettholde prinsippet på selv om omsorgen er tatt fra foreldrene? Sandberg fremhever at det kan tenkes at det biologiske bånd mellom forldre og barn burde ivaretas på ulike måter i ulike barnevernrettslige sammenhenger.³⁰ Sandberg går også videre her da hun sier at det biologiske prinsipp kan ivaretas etter omsorgsovertakelse gjennom samvær.³¹

Når det gjelder retten til samvær etter omsorgsovertakelse kan det sies at prinsippet kommer til uttrykk ved at retten til samvær er beskyttet med den tanke at barn i utgangspunktet har godt av å beholde kontakten med sine biologiske foreldre.

Det fremgikk også om sagt blant annet av forarbeidene at grunnen til at retten til samvær ble lovfestet var at forskning viste at det var til barnets beste å beholde kontakten med sine biologiske foreldre etter omsorgsovertakelse. Dette ble begrunnet med at det er sterke følelsesmessige bånd mellom barn og foreldre, og for at barnet gjennom samvær kunne få følelsen av kontinuitet i livet sitt.³²

Det kommer også blant annet til uttrykk i loven at det skal tas hensyn til retten for barnet til å beholde kontakten med sine biologiske foreldre. Se her barnevernlovens § 4-15,1. ledd hvor det blant annet fremheves at det ved plassering av barnet utenfor hjemmet skal tas hensyn til om det er ønskelig med samvær med foreldrene. Med dette menes at det ved denne vurderingen skal tas hensyn til mulighetene for samvær ved plasseringen slik at foreldrene ikke blir avhengig av å reise langt for å få gjennomført samværet. Dette viser hvor viktig det er for lovgiver å beskytte samværsretten. Den er så viktig at det i loven er lagt føringer som skal bidra til at retten blir beskyttet.

³⁰ Sandberg, Tilbakeførin av barn etter omsorgsovertakelse, 1. utg. side 77.

³¹ Sandberg, Tilbakeførin av barn etter omsorgsovertakelse, 1. utg. side 426.

³² Ot prp nr 44 (1991-92), Om lov om barneverntjenester, side 51.

Domstolene legger også vekt på dette prinsippet. I Rt 1998 side 787 uttalte Høyesterett på side 792 om behovet for kontakt med biologiske foreldre ved omsorgsovertakelse: "I de tilfelle omsorgsovertakelse antas å være midlertidig og tilbakeføring ventes å finne sted innen rimelig tid, bør det sørges for at kontakten mellom de biologiske foreldre og barnet holdes best mulig ved like, jf uttalelsene i NOU 1985:18 side 162."

2.3.2.1 Det biologiske prinsipp i menneskerettsloven

Prinsippet kommer til uttrykk i EMK artikkel 8 om retten til familieliv. Nettopp det at den beskytter mot inngrep i retten til familieliv, beskytter den det biologiske prinsipp. I EMD kommer dette frem blant annet i Olsson mot Sverige (Nr. 2): "Notably the children's interests and their rights under Article 8 of the Convention. Where contacts with the natural parents would harm those interests or interfere with those rights, it is for the national authorities to strike a fair balance."³³

Dette kan tyde på at EMD legger tyngre vekt på det biologiske prinsipp, enn det som blir gjort etter norsk praksis. I norsk praksis må foreldrenes rettigheter vike hvis disse ikke er til barnets beste.

Det biologiske prinsipp kommer også til uttrykk i barenkonvensjons artikkel 9 som stiller et krav til at barn ikke skal skilles fra sine foreldre mot deres vilje.

Det kan også sies at konvensjonens beskyttelse av retten til å opprettholde kontakten med sine foreldre dersom barn og foreldre er atskilt i artikkel 9,3. også er et uttrykk for det biologiske prinsipp.

2.3.3 Det mildeste inngreps prinsipp

Det mildeste inngreps prinsipp har også betydning ved vurdering av samværets omfang etter at omsorgsovertakelsen har funnet sted. Prinsippet er definert som et krav om at det

³³ Olsson mot Sverige, dom nr. 2, punkt 90.

ikke skal foretas mer inngripende tiltak enn det som er nødvendig. Dersom det er mulig å oppnå det ønskede resultatet med mildere inngrep, skal altså dette inngrepet velges.

Det gir med andre ord et vern mot inngrep overfor barn og foreldre. Selv om det foreligger mangler ved den omsorgen barnet får i hjemmet, trenger ikke dette å bety at barnet ikke har en sterk tilknytning til sine foreldre. Dette er grunnen til at spørsmålet om samvær og samværets omfang alltid skal vurderes selvstendig ved omsorgsovertakelse.

I spørsmålet om samvær, kommer prinsippet blant annet frem i barnevernlovens formulering i § 4-19. Bestemmelsen er lagt opp slik at utgangspunktet er at barn og foreldre har rett til samvær. Sammenholdes dette med bestemmelsens 2. ledd som gir adgang til å gjøre inngrep i retten ser man at prinsippet kommer til uttrykk. Det følger av bestemmelsen at det ikke skal gjøres større inngrep i samværsretten enn det som er nødvendig.

Det mildeste inngreps prinsipp kan her komme til uttrykk ved at det for eksempel åpnes for adgang til å føre tilsyn ved samværet som et alternativ til å nekte samvær. På denne måten er det mulig å unngå et så stort inngrep i samværsretten.

Det mildeste inngreps prinsippets forhold til samvær etter omsorgsovertakelse og inngrep i denne retten kan komme til uttrykk ved spørsmål om inngrep i samværsretten. Det kan her for eksempel stilles spørsmål ved om inngrepet i retten er nødvendig, eller om man kan unngå inngrepet. Et eksempel her kan være hvor det er spørsmål om å nekte samvær. Her kan det spørres om det er mulig å avhjelpe mangelen ved omsorgen slik at det likevel kan finne sted samvær. En måte å gjøre dette på kan være ved å føre tilsyn ved samværet. De forskjellige typer inngrep behandles nærmere i kap. 3.1.

Prinsippet kan sees på som en forlengelse av det biologiske prinsipp, da det legger føringer som krever at det ikke skal gjøres større inngrep i samværsretten til barn og foreldren enn det som er nødvendig.

Et eksempel på at prinsippet kommer til uttrykk i praksis kan være hvor domstolen når det fastsetter samværet presiserer at denne fastsettelsen kun er et minimumssamvær. Dette viser blant annet at barnevernet ikke kan bestemme at det da skal være mindre samvær. Det viser også at barnevernet kan utvide samværet hvis de finner at dette lar seg gjøre. I Rt. 1996 side 1684 uttalte Høyesterett på side 1695: "... , og tilføyer at de bestemmelser om samvær som nå fastsettes skal forstås som minimumssamvær. Dommen er ikke til hinder for at mer omfattende samvær praktiseres i forståelse med barneverntjenesten, ..."

2.3.3.1 Det mildeste inngreps prinsipp i menneskerettsloven

EMKs artikkel 8,2 stiller også opp et slikt nødvendighetsprinsipp i kravet om at det ikke skal foretas inngrep i retten til familielivet uten at det er nødvendig. På denne måten er det mulig å se en sammenheng til EMK når det gjelder dette prinsippet i barnevernloven.

Barnekonvensjonens artikkel 9 er også bygget opp på en måte som viser at man ikke skal foreta mer inngripende tiltak enn det som er nødvendig. Dette kommer til uttrykk ved at den først sier at partene skal sikre at barn og foreldre ikke blir skilt mot deres vilje, med mindre dette er nødvendig. Bestemmelsen sier også at det ikke skal foretas inngrep i samværsretten med mindre det vil være i strid med barnets beste å ha samvær med foreldrene. Her kan en si at det mildeste inngreps prinsipp kan komme inn som en presisering av hensynet til barnets beste ved at det i utgangspunktet ikke skal nektes samvær.

2.3.4 Hensynenes betydning for samværsretten

Hensynene til at samvær skal finne sted, har altså en nær sammenheng med hverandre på en måte som gjør at de utfyller hverandre og bidrar til en beskyttelse av retten til samvær.

3 Adgangen til inngrep i samværsretten

3.1 Forskjellige typer inngrep i samværsretten

Når barnevernet overtar omsorgen for et barn, stiller § 4-15 et krav om at de også skal vedta en plan for barnets omsorgssituasjon. Med i vurderingen for denne planen skal også barnevernet vurdere om samvær mellom barn og foreldre skal finne sted eller ikke. De må følgelig vurdere om det skal foretas inngrep i samværsretten, eller ikke. Det er viktig å være klar over at man må ha grunnlag i loven for å gripe inn i samværsretten. I dette kapittelet behandles hjemmelen for inngrep i samværsretten og også hvilke inngrep det er adgang til å iverksette.

3.1.1 Hjemmel for samværsretten

Samtidig som barnevernloven i § 4-19 bestemmer at barn og foreldre skal ha samvær med hverandre som et utgangspunkt, sier den at det er adgang til å gjøre inngrep i denne retten av hensyn til barnet. § 4-19 gir en ganske vid rett til å foreta inngrep, når den går så langt som å si at dersom fylkesnemnda finner det nødvendig, kan de bestemme at foreldrene ikke skal få informasjon om hvor barnet bor.

Spørsmålet blir så hvilke typer inngrep bestemmelsen gir adgang til å iverksette. Vi skal se nærmere på dette.

3.1.2 Adgangen til å bestemme omfanget av samværsretten

Formuleringen i barnevernlovens § 4-19 gir fylkesnemnda en rett til å ta standpunkt til både om det skal være samvær og det eventuelle omfanget av samværet.

Omfanget av samværet vil reguleres ut fra hva som er formålet med plasseringen. Vi skal se nærmere på dette under punkt? Det mest inngripende i samværsretten er hvor denne

nektes helt, jfr. barnevernloven § 4-19,2. ledd. Dette medfører at barnet ikke får samvær med sine foreldre og at kontakten dermed brytes helt. Det stilles strenge krav for at det skal kunne nektes samvær. Grunnen til dette er at samværet er en av forutsetningen for at tilbakeføring skal kunne finne sted. Dersom man nekter samvær vil dette kunne innebære at forutsetningene for tilbakeføring av omsorgen blir borte. Jeg skal komme tilbake til når det skal være adgang til å nekte samvær i punkt?.

3.1.3 Adgangen til å føre tilsyn ved samværet

Et alternativ til å nekte samvær helt kan være å føre tilsyn under samværet. Det vil si at det er en tredje person til stede under samværet.

Adgangen til å føre tilsyn ved samvær følger ikke direkte av lovens formulering. I følge Haugli må det imidlertid være klart at det må kunne settes krav til at det føres tilsyn ved samværsretten. ”Det ene alternativet er å anse slike kvalitative restriksjoner som en begrensning i omfanget av samværsretten, og dermed som hjemlet i selve lovfullmakten. Det andre alternativet er å se slike restriksjoner som forbehold i vedtaket, som suspensive vilkår for at foreldrene skal få utøve samværsretten i det omfang som er fastsatt.”³⁴

Høyesterett bygger på at det er adgang til å føre tilsyn ved samvær. Men bare hvor dette er nødvendig. Dette går blant annet frem av avgjørelsen i Rt. 1997 side 534 hvor Høyesterett etter en vurdering kom frem til at det ikke var nødvendig å føre tilsyn.

3.1.4 Kravet om nødvendighet

Ut fra det som nå er sagt i dette kapittelet kan det konkluderes med at det er adgang til å gjøre inngrep i samværsretten. Adgangen er imidlertid begrenset i at dette bare kan skje hvor dette er nødvendig og det stilles strenge krav til denne adgangen.

³⁴ Haugli, Samværsrett i barnevernsaker, s 216, 2. utg. 2000

3.2 Barnets med- og selvbestemmelsesrett

Et viktig spørsmål når det gjelder samværsretten er hvilke rettigheter barn har når de selv ikke ønsker å ha samvær med foreldrene sine. Omvendt kan det også stilles spørsmål om hvilke rettigheter barn har når de ønsker samvær, mens barnevernet mener at dette ikke vil være til barnets beste. Hvor godt er disse rettighetene beskyttet?

3.2.1 Barnets rett til å bli hørt og medbestemmelsesretten

I avgjørelser som har med barn å gjøre er det naturlig å la barnet få uttale seg om hva det ønsker dersom det har en mening om dette og er i stand til å uttale seg. Det fremgår av saksbehandlingsreglene i barnevernloven at barnet skal få anledning til å uttale seg, jfr barnevernloven § 6-3 første ledd, første punktum. Bestemmelsen gir et pålegg om å la barnet få uttale seg dersom barnet ønsker det. Bestemmelsen kommer også til anvendelse ved avgjørelse av spørsmålet om samvær.

I følge bestemmelsen skal barn få anledning til å uttale seg fra de er fylt 7 år. Barnet kan i følge bestemmelsen også gis anledning til å bli hørt før de fyller 7 år. Selv om barnet er gitt en slik rett til å uttale seg, foreligger det likevel ingen plikt for barnet til å uttale seg dersom barnet ikke ønsker det. Dette fremgår av regelens utforming som sier at barnet skal ”gis anledning til å uttale seg”.

Dersom barnet velger å uttale seg, følger det av bestemmelsen at det må foretas en vurdering av barnets alder og modenhet når det avgjøres hvilken vekt barnets mening skal tillegges.

Barnets mening trenger ikke nødvendigvis å komme til uttrykk gjennom at barnet uttrykker seg direkte. Dette kan man se av avgjørelsene i saker om samvær, hvor retten har benyttet seg av sakkyndige som har tilbrakt tid sammen med barnet. Den sakkyndige kan også

observere barnet og samværsforelder under samvær og på denne måten få informasjon om barnets mening. Barnets mening kan også komme til uttrykk gjennom deres reaksjoner på samvær. Informasjonen de sakkyndige får fra å observere barnet eller snakke med barnet kan komme til anvendelse i avgjørelsen.

Selv om barnet er gitt en rett til å få sagt sin mening kan situasjonen være den at barnet ikke ønsker å uttale seg om sin mening, fordi det da vil komme i en lojalitetskonflikt med samværsforelder. Det kan tenkes at barnet helst vil slippe samvær, men er redd for å såre sine foreldre og derfor ikke ønsker å uttale seg. Det kan også tenkes at barnet er redd for å uttale seg av frykt for å bli straffet av sine foreldre. Hvor barnet ikke ønsker å uttale seg vil det kunne føles som et overgrep for barnet å måtte uttale seg om hva det mener. Dette kan være grunner til at barnet ikke bør presses til å uttale seg hvor barnet ikke ønsker det.

Et viktig spørsmål når det gjelder barnets rett til å uttale seg, er hvor tung vekt barnets mening da skal tillegges. Skal barnets mening tillegges en tung vekt? For eksempel hvor barnet har uttalt seg om samvær, men ikke hatt noen bestemt mening om dette.

Lovens utforming gir en viss veiledning når den sier at barnets mening skal tillegges vekt etter dets alder og modenhet. Dette kan tale for at det ikke skal tillegges for tung vekt hvor barnet ikke har en klar mening om hva det ønsker. Da må andre momenter i vurderingen tillegges tyngre vekt. Utformingen i loven taler også for at hvor barnet har en klar og tydelig mening om hva det ønsker, skal dette tas på alvor og tas med i vurderingen.

Høyesteretts avgjørelse i Rt. 2004 side 1046 kan illustrere dette. Saken dreide seg om en syv år gammel jente som hadde vært i barnevernets omsorg fra hun var ca 1 år gammel. Barnevernet overtok omsorgen etter at hun hadde blitt brakt til sykehuset med store skader som tydet på at hun var blitt grovt mishandlet. Foreldrene søkte om å få samvær med jenta etter omsorgsovertakelsen. Barnet hadde både overfor fosterforeldrene og rettsoppnevnte sakkyndige gitt uttrykk for at hun ønsket å slippe samvær med sine biologiske foreldre. Her vurderte først Høyesterett hva som kunne ligge bak barnes mening og konkluderte med at det ikke kunne ligge noen lojalitetskonflikt i forhold til fosterforeldrene til grunn for barnes

mening. Høyesterett uttalte så om barnets mening: ”Hvor stor vekt man bør leggge på hennes motvilje mot samværene avhenger etter mitt syn av hvor grunnfestet motviljen er og hva som reelt sett er årsaken til den.”

Avgjørelsen i Rt 1998 side 787 kan også illustrere hvordan barnets mening tillegges vekt i praksis. Til tross for at barnet vegret seg, bestemte Høyesterett her at det skulle være samvær.

Barnets rett til å bli hørt kommer også til uttrykk i Barnekonvensjonens artikkel 12, 2. ledd som pålegger myndighetene å gi barnet anledning til å bli hørt. I følge Sandberg går barnekonvensjonen lenger enn barnevernloven her når det gjelder respekten for barnets mening, jfr. formuleringen i artikkelen som ikke stiller noen krav til barnets utvikling, modning og sakens art. Retten skal i følge Sandberg ”respekteres selv om barnet ikke er helt modent fordi alder og modenhet uansett kommer inn i vurderingen av vekten på barnets uttalelse”³⁵

3.2.2 Barnet ønsker ikke samvær

Selv om barn og foreldre vanligvis er knyttet til hverandre og samvær av den grunn er ønskelig, hender det også at barnet ikke ønsker samvær etter omsorgsovertakelsen. Det kan være flere grunner til dette. Spørsmålet når barnet ikke ønsker samvær blir hvordan dette skal løses?

Dersom barnet ikke ønsker samvær kan det ut fra hensynet til barnet være mest hensiktsmessig å nekte samvær. Det må imidlertid foretas en vurdering av om dette vil være det beste resultatet for barnet. Det er flere momenter som må tas med i denne vurderingen. Blant momentene som må tas med i vurderingen kan det nevnes hva som ut fra hensynet til barnets beste vil være mest hensiktsmessig, barnets mening og bakgrunnen for denne, barnets modenhet og barnets reaksjoner på samværet.

³⁵ Sandberg, Tilbakeføring av barn etter omsorgsovertakelse, 1. utgave 2003 side 258.

Avgjørelsen fra Rt. 2004 side 1046 kan her gi et godt eksempel på en slik vurdering. Retten trakk først frem både barnevenloven og praksis fra EMD som stiller krav til at avgjørelse om samvær må tas ut fra hva som er best for barnet. Av praksis fra EMD viser Høyesterett under punkt 48 i dommen til Adele Johansen mot Norge: ” Det fremgår av avgjørelsen at tiltak som ikke er i samsvar med mål om gjenforening, noe som vil gjelde nektelse av samværsrett, bare bør anvendes « i ekstraordinære tilfeller » og bare « hvis de er motivert av et dominerende hensyn til barnets beste ».” Høyesterett gikk så videre til å vurdere barnets mening og bakgrunnen for denne, samt barnets reaksjoner på samværet. Barnet var bestemt i sin mening om at hun ikke ønsket samvær og retten kunne ikke finne at denne meningen var grunnet i noen lojalitetskonflikt i forhold til fosterforeldrene. Barnet reagerte også på samværet med å være urolig og utilpass i etterkant av samværene. Etter å ha foretatt denne grundige vurderingen konkluderte Høyesterett med at samvær skulle nektes. Dette viser at det skal mye til før man kan nekte samvær når barnet uttrykker at det ikke ønsker det. Det viser også at det ikke bare er barnets mening som tillegges vekt men heller en helhetsvurdering av hvilken løsning som vil være til barnets beste.

Selv om forarbeidene fremhever at forskningen viser at det vil være positivt for barnet å ha kontakt med sine biologiske foreldre etter omsorgsovertakelse³⁶, og selv om det ellers kan sies å være til barnets beste å ha samvær, jfr. barnevernloven § 4-19, kan altså barnets mening føre til at det ikke blir samvær.

3.2.3 Barnet ønsker samvær men barnevernet mener at det ikke vil være til barnets beste

Det kan også tenkes at barnevernet ønsker å nekte samvær hvor barnet ønsker samvær. Spørsmålet blir om det mot barnets vilje kan nektes samvær.

Bakgrunnen for barnevernets mening om at samvær ikke bør finne sted kan være at samværsforelderen blir utsatt for vold og barnevernet er redd for at samværsforelderen ikke

³⁶ Ot prp. Nr. 44 (1991-1992), side 51.

vil klare å skjerme barnet fra å være vitne til volden. Det kan være at det er mistanke om at barnet blir utsatt for seksuelt misbruk.

Selv om det kan være slik at det i utgangspunktet kan virke som at det bør nektes samvær, vil hensynet til barnet her kunne tilsi at det bør foretas en vurdering. Vi har blant annet sett at barnets mening tillegges vekt ut fra om denne er bestemt. Vi har også sett at det er viktig å finne frem til en løsning som er best for barnet.

Dersom barnet ønsker samvær hvor barnevernet mener at det ikke bør være samvær, bør det for eksempel vurderes om det er mulig å bruke mildere inngrep enn å nekte samværet. Kan det for eksempel stilles som vilkår for at samvær skal kunne finne sted at det skal gjennomføres i fosterhjemmet og ikke i hjemmet til samværsforelderen. Kan et annet alternativ være å føre tilsyn ved samværet.

Å nekte samvær hvor barnet selv ønsker det kan føre til at barnet kan føle dette som et overgrep. Barn er ofte sterkt knyttet til sine foreldre. Det kan derfor være vanskelig å akseptere og forstå for barnet hvorfor det ikke skal få lov til å møte far eller mor når det selv ønsker det. Det vil dermed ikke nødvendigvis være til barnets beste å nekte samvær hvor barnet selv ønsker samvær og dermed kan nekting her komme i strid med barnevernlovens § 4-19.

Det kan imidlertid også være positivt for barnet at samvær blir nektet. Dette vil spesielt være hvor barnet ikke ønsker samvær, men heller ikke vil nekte ut fra en lojalitet til samværsforelder. Det vil da være vanskelig for barnet å si at det ikke ønsker å ha samvær med foreldrene. Dermed må det, som i avgjørelsen i Rt. 2004 side 1046, vurderes hva som er grunnen til barnets mening.

3.2.4 Foreldrenes rettigheter når barnet ikke ønsker samvær

Foreldre har som sagt også rett til samvær etter barnevernloven. Her må foreldrenes interesser veies opp mot barnets interesser. Spørsmålet her er om foreldrenes rettigheter

kan skyve til side hensynet til barnet og barnets mening. Skal det tas mer hensyn til samværsforelders ønske om samvær enn til barnas interesser?

Høyesterett har her uttalt at foreldrenes interesser må vike for barnas interesser hvor dette er til barnets beste. Blant annet uttaler Høyesterett i Rt. 2004 side 1046 i punkt 75: ”Jeg er etter dette kommet til at påkjenningene for C med en fortsatt samværsordning vil måtte antas å bli så store at foreldrenes interesser må vike, og at de derfor må nektes samvær etter barnevernloven § 4-19 annet ledd første punktum.” Dommen viser at det er adgang til å avgjøre et så inngripende tiltak at samvær ikke skal finne sted om det ikke er i barnets beste interesse. Dette viser at hvor barn og foreldre har forskjellige interesser når det gjelder samvær, er det barnets interesser som veier tyngst og ikke foreldrenes.

Dette standpunktet har også EMD. Et eksempel på dette har vi i saken K og T mot Finland. Saken dreide seg om to barn som barnevernet hadde overtatt omsorgen for. Det første barnet ble, med samtykke fra moren, midlertidig plassert av barnevernet når moren ventet sitt tredje barn. Det yngste barnet ble tatt fra moren rett etter fødselen, etter at det var fattet et hastevedtak om dette. Moren hadde store psykiske problemer. Hun hadde flere ganger vært innlagt på sykehus for behandling og hadde ukontrollerte utbrudd som det ikke var mulig å skjerme barna fra. Barnevernet så det ikke som ansvarlig å plassere hele ansvaret for oppfostringen av barna på T som var far til det yngste barnet. De mente at han ikke ville være i stand til å skjerme barna fra morens utbrudd og samtidig ta vare på moren. Det ble etter omsorgsovertakelsen bestemt at foreldrene kun skulle få samvær med barna en gang i måneden i tre timer under tilsyn. En måned senere ble begge vedtakene erstattet med ordinære vedtak om omsorgsovertakelse. Domstolen uttalte om foreldrenes rettigheter hvor disse kommer i strid med barnets interesser: ”In particular, the parent cannot be entitled under Article 8 of the Convention to have such measures taken as would harm the child’s health and development.” EMD åpner med andre ord heller ikke for at foreldrenes rettigheter skal tillegges vekt hvor dette ikke er til barnets beste.

3.3 Kjennetegn ved samværsforelderens tilsier at samvær ikke bør finne sted eller at det bør foretas andre inngrep i samværsretten

På den ene siden har vi altså forhold på barnets side som tilsier at samvær ikke bør finne sted eller at det bør foretas inngrep i samværsretten. Det kan imidlertid også være kjennetegn ved samværsforelderens som tilsier at samværet bør nektes eller inngrep i samværsretten bør iverksettes.

Det er flere kjennetegn ved samværsforelder som kan tilsi at samvær ikke bør finne sted. Det kan for eksempel være at det er så høyt konfliktnivå mellom samværsforelder og barnevern at det blir umulig å skjerme barnet fra konflikten. Det kan også være at samværsforelderens misbruker narkotika og at dette går utover deres omsorg for barnet. Vi skal i det følgende se på om kjennetegn ved samværsforelderens kan medføre inngrep i samværsretten.

3.3.1 Samværsforelderens har store problemer med å samarbeide med barnevernet

Et kjennetegn som kan ha betydning for om samvær skal kunne finne sted er samværsforelderens evne til å samarbeide med barnevernet. Dersom samværsforelderens motarbeider barnevernet og fosterforeldrene, kan dette bidra til at samvær blir nektet dersom dette går ut over barnet.

I Rt 2005 side 624, som er referert overfor, ble morens problemer med å samarbeide tillagt vekt i vurderingen av samværsspørsmålet. Moren hadde bedt om å få utvidet retten til samvær med sin datter. Høyesterett ga imidlertid ikke medhold til dette. De sier ikke direkte at vanskeligheten i kontakten mellom mor og barnevern var årsaken til dette men sier i stedet først: "At C i den senere tid har vært noe negativ til samvær med mor, må etter mitt syn klart sees i sammenheng med den uavklarte omsorgssituasjonen", og videre: "Jeg

har forståelse for mors ønske om mer omfattende samvær Under en viss tvil er jeg blitt stående ved at tingrettens dom bør stadfestes. Her tar med andre ord Høyesterett hensyn til at forholdet mellom mor og barn er vanskelig, som en følge av morens samarbeidsproblemer med barnevernet, og utvider av den grunn ikke samværet.

At samværsforelderens hadde store problemer med å samarbeide med barnevernet fører med andre ord imidlertid ikke nødvendigvis til en nekting av samvær, men kan føre til at andre inngrep i samværsretten kan iverksettes. Her ble det for eksempel åpnet for muligheten til å føre tilsyn ved samværet.

Det kan imidlertid tenkes at det er ønskelig å nekte samvær dersom problemene mellom barnevernet og samværsforelder blir så store og vanskelige at det ikke lar seg gjøre å skjerme barnet fra konfliktene. Hvor samværsforelder drar barnet inn i konflikten og ikke gir barnet muligheten til å få ro og kontinuitet i hverdagen sin, kan dette bidra til at det ikke vil være til barnets beste å gjennomføre samvær. Når samværsforelderens ikke klarer å la være å snakke om sitt ønske om at barnet skal tilbake til hjemmet, kan dette også bidra til at barnet ikke klarer å få ro i hverdagen sin og blir usikker. Dette kan også bidra til at det kan være til barnets beste å sette det biologiske prinsipp til side og nekte samvær. Det kan videre tenkes at det i denne situasjonen kan bli aktuelt å foreta et så alvorlig inngrep i samværsretten som å plassere barnet på skjult adresse, for å beskytte det, om dette blir nødvendig, jfr. barnevernlovens § 4-19, første ledd, første punktum.

3.3.2 Samværsforelder er psykisk ustabil

Et annet kjennetegn ved samværsforelder som kan tilsi nektelse av samvær eller regulering, er hvor samværsforelderens er psykisk ustabil. Hvor dette er tilfellet kan det for eksempel føre til at samværsforelderens ikke er i stand til å oppnå en bra kontakt med barnet. Dersom samværene blir mislykket på grunn av dette, kan dette være vanskelig for barnet å forstå.

I Rt 2002 side 908 var dette tilfellet. På side 913 uttaler Høyesterett: ”Det er ingen tvil om at det vil føles meget tungt for A ikke å bli tilkjent noe samvær med B for tiden. Hun har også ressurser, ikke minst intellektuelt, som kunne representere noe meget verdifullt for B.

Men samtidig sliter hun åpenbart med store psykiske problemer.” På side 914 uttaler Høyesterett videre: ”Slik saken ligger an, ser jeg det ikke i noe fall som aktuelt at A nå skal ha samvær med B utover det meget begrensede samværet – to timer to ganger i året – Spørsmålet er om selv et så begrenset samvær med moren vil utsette B for en risiko for skade som ikke kan aksepteres. Viktig i denne vurderingen er Bs spesielle sårbarhet sett i sammenheng med morens atferd under de samværene som er gjennomført.”

I denne saken hadde morens problemer gått utover barnet på en måte som ikke var til barnets beste jfr side 914 i dommen: ”Da barnevernet i 1998 vurderte om samværene burde reduseres, hadde dette sammenheng med de sterke reaksjonene B ofte fikk etter samværene; det er blant annet opplyst at hun hadde fått diaré som kunne vare i over en uke, og ofte ble fulgt av et ildrødt utslett.” Etter en grundig vurdering konkluderte den sakkyndige i saken med at det ikke ble anbefalt at det ble gitt noe samvær. Høyesterett nektet moren samvær med barnet med den begrunnelse at det ikke ville være forsvarlig å la samvær finne sted da det ville kunne være til skade for barnet og uttalte videre at avgjørelsen ikke var i strid med kravene etter EMK artikkel 8.

Dommen foretar en grundig vurdering før den kommer til at samværet nektes. Dette viser at domstolen vurderer retten til samvær som en rett som i utgangspunktet må beskyttes og at det skal mye til for at man skal kunne foreta inngrep i denne retten. Grunnen til at Høyesterett her velger å nekte samvær er fordi det er fare for at barnet direkte vil ta skade av samværet og ikke bare er motvillig eller usikker. De finner altså ikke å kunne avhjelpe situasjonen med andre inngrep i samværsretten som for eksempel tilsyn eller mindre omfattende samvær.

I saken K og T mot Finland som er referert overfor hadde også moren store psykiske problemer. I denne saken hadde moren kun fått samvær under tilsyn. Foreldrene fikk først samvær en gang i måneden med tilsyn. Etter hvert fikk de samvær en gang i måneden uten tilsyn. Domstolen fastslo at det hadde vært et brudd på rettighetene etter artikkel 8. Domstolen kritiserte myndighetene for ikke å ta hensyn til nye bevis i saken som viste at

foreldrenes situasjon var forbedret. Myndighetene ble også kritisert for samværsrestriksjonene som hadde medført at det nå ville være vanskelig å gjenforene familien, om ikke umulig. Likevel fant domstolen, ut fra situasjonen slik den var når saken ble behandlet, at det ikke forelå noen krenkelse av artikkel 8 ut fra myndighetenes vurdering av nødvendigheten av samværsrestriksjonene. Domstolen understrekte imidlertid at myndighetene må gjøre det de kan for å legge til rette for familiegjennforening. Selv om moren hadde store psykiske problemer mente altså domstolen at myndighetene ikke hadde gjort nok for å gjenforene familien og at dette var en direkte følge av samværsrestriksjonene som var iverksatt av myndighetene. I følge EMD er det altså ikke nødvendigvis tilstrekkelig til å nekte samvær at samværsforelder har psykiske problemer. Dette kan tyde på at domstolen legger noe mer vekt på det biologiske prinsipp enn det norske domstoler gjør.

3.3.3 Samværsforeldere evner ikke å vise omsorg for og å ta vare på barnet

I sammenheng med at samværsforelder ikke evner å samarbeide med barnevernet kommer de tilfellene hvor samværsforelder ikke evner å gi barnet omsorg og å ta vare på barnet. Her kan det for eksempel være at samværsforelder ikke klarer å vise barnet kjærlighet og anerkjennelse. Det kan også være at samværsforelder ikke klarer å kommunisere med barnet og vise en interesse for barnets lek.

Dette var situasjonen i Rt. 2002 side 875. Moren var ikke i stand til å vise omsorg for og å ta vare på barnet sitt. Saken dreide seg om en mor som etter omsorgsovertakelse ønsket samvær med sin datter. På side 881 i dommen beskriver beredskapsmoren et møte mellom moren og datteren: "De står og ser på hverandre helt passivt. Ingen sier noe, ingen gjør noe. En halv time og mer enn det, men hun så ikke på klokken." Videre sies det på samme side i dommen: "Det er mange beretninger i saken om mors passivitet og manglende forståelse, men også om lek mellom mor og datter. Gjennomgående virker det likevel slik at mor ikke evner å komme datteren i møte og er svært taus under sine besøk." Her hadde imidlertid samværet utviklet seg til å bli mer avslappende når saken kom opp for Høyesterett. Høyesterett la til grunn den positive utviklingen i samværet mellom mor og datter og

utvidet samværet. Dette ble gjort detaljert og med en overgangsordning. Retten understreket at det var viktig for barnet å få ro omkring omsorgsfunksjonen for henne.

Dette viser at selv om samværsforelderen ikke evner å vise omsorg for og å ta vare på barnet vil det ikke nødvendigvis føre til en nekting av samvær. Det ble lagt vekt på at samværene hadde utviklet seg i en positiv retning. At det ble foretatt en detaljert utvidelse av samværet med en overgangsordning, viser imidlertid at det legges vekt på at det ikke skal skje noen brå forandringer for barnet og at barnet må få en stabil og god voksenkontakt og kontinuitet i omsorgen.

3.3.4 Samværsforelderen er voldelig mot barnet eller det er mistanke om seksuelt misbruk

Hvor samværsforelderen er voldelig mot barnet må det tas stilling til om det er forsvarlig å la samvær finne sted. Det kan være at barnet er traumatisert av å bli utsatt for vold. Barnet kan ha et minne om hva som har skjedd og av denne grunne ikke ønske samvær. Det kan være at man er usikker på om samværsforelderen fremdeles vil være voldelig mot barnet.

Hensynet til hva som er barnets beste vil her komme tungt inn i vurderingen av om det skal være samvær.

Hensynet vil også ha stor betydning i vurderingen av samværsspørsmålet hvor mistanke om seksuelle overgrep er grunnen til at omsorgen blir fratatt foreldrene. Det kan også være at det ikke er samværsforelderen som er overgriperen, men samværsforelders ektefelle eller samboer.

Kan i disse situasjonene for eksempel samvær utøves med krav om at det skal føres tilsyn ved samværet? Eller kan det stilles som vilkår for samvær at vedkommende som er mistenkt for å utsette barnet for seksuelt misbruk ikke er til stede? Ansees det som tilstrekkelig til å beskytte barnet? Barnevernet har et ansvar i å beskytte barnet mot slike overgrep ved samværet og barnet har krav på denne beskyttelsen.

I en dom som ble avsagt i Rt 1996 på side 1684 hadde barna blitt utsatt for vold og det var mistanke om seksuelt misbruk. Barnevernet hadde her overtatt omsorgen for barna. Når spørsmålet om samvær ble behandlet her, la ikke Høyesterett tung vekt på disse forholdene. Høyesterett la til grunn at det var usikkert om det hadde forekommet seksuelle overgrep fra fars side og at det ikke ville forekomme flere eventuell overgrep fra farens side. Det ble her tilkjent samvær og det ble ikke nevnt noe om å føre tilsyn under samværet.

I Rt. 2004 side 1046, som er sitert overfor, hadde barnet blitt utsatt for grov mishandling som retten anså sannsynlig at foreldrene hadde utført. Dette var grunnen til at omsorgen var blitt overtatt. I denne avgjørelsen la ikke Høyesterett direkte til grunn at samvær ikke skulle finne sted fordi det var fare for misbruk. Her hadde tvert i mot samvær funnet sted, under tilsyn. Det retten i stedet la vekt på her var barnets mening som medførte at samværet ble nektet

I begge sakene la med andre ord retten ikke direkte vekt på mistanken om vold og seksuelle overgrep. Det avgjørende var barnas mening som vi også har sett at har hatt betydning tidligere. Sakene viser at disse forholdene ikke uten videre fører til nekting av samvær, og at barnas mening og hvordan denne kommer til uttrykk blir lagt vekt på i avgjørelsene.

3.3.5 Samværsforelder er narkotika- eller alkoholmisbruker

Alkohol og narkotikamisbruk kan også bidra til å reise spørsmål om samvær. Blant annet opplever mer enn 100 000 barn i Norge problemer med voksnes drikking.³⁷ Her vil også hensynet til barnets beste kunne medføre at samvær ikke bør finne sted. Utfallet av et slikt spørsmål må nødvendigvis avhenge av hvor omfattende problemet er. Er problemet så omfattende at foreldrene mister sin evne til å ta vare på barnet? Er det så stort at de ikke klarer å holde seg rusfrie når det skal gjennomføres samvær? Er det så stort at samvær bør nektes? Eller finnes det andre måter å avhjelpe problemet på uten å nekte samværet? Å nekte samvær vil i mange tilfeller være et alvorlig inngrep i barnets rettigheter hvor samvær er ønsket og bør unngås om dette er mulig.

³⁷ www.alkokutt.no

I Rt 2003 side 425 kom spørsmålet opp til behandling. Saken dreide seg om en mors ønske om samvær med sin snart fem år gamle datter. Moren hadde hatt problemer med både narkotika og alkohol. Til tross for at hun hadde alkoholproblemer hadde det funnet sted samvær etter omsorgsovertakelsen: "For A bemerket nemnda at hun flere ganger i det siste var blitt observert i sterkt beruset tilstand, også ved de få tilfellene hun hadde samvær med sine barn i Y."

Moren hadde vært fri for rus over lengre tid og hadde kommet seg ut av miljøet da dommen ble avsagt. På denne måten så påvirket ikke misbruket direkte avgjørelsen. Men det at hun hadde hatt et rusproblem ble poengtert og det ble sagt: "Moren synes i dag å ha en vanlig velordnet tilværelse med egen bolig og et fast arbeidsforhold. Det foreligger ikke opplysninger om aktuelt rusmisbruk. Det er likevel slik at hun tidligere har hatt alvorlige problemer med rusmisbruk over lang tid, og erfaringsmessig må det gå lengre tid enn hva det har gjort før man med noenlunde trygghet kan betrakte rusproblemene som varig overvunnet."

Selv om misbruket ikke hadde en direkte virkning i dommen da moren var rusfri hadde dette en indirekte konsekvens på omfanget av samværet fordi rusmisbruket hadde medført at barnet var blitt skadet: "Når As samværsrett skal fastsettes, må det skje ut fra at den sakkyndige fortsatt anser B for å være mer enn vanlig avhengig av stabilitet og oversiktighet i sin hverdag, og at hun fortsatt bærer på en forhøyet sårbarhet for utviklingsforstyrrelser." Den sakkyndige konkluderer med at det ikke vil være til barnets beste å ha en for omfattende utvidelse av samværet.

Videre hadde morens historikk som tidligere rusmisbruker en direkte virkning i dommen ved at Høyesterett tillot tilsyn under samværet dersom dette skulle bli nødvendig.

Her ble altså barnets beste tillagt vekt. Under denne vurderingen ble det også lagt vekt på barnets behov for stabilitet i hverdagen og samværet ble fastsatt ut fra dette. Det gode

forholdet og den positive utviklingen ble også tillagt vekt, men likevel på den måten at Høyesterett åpnet for muligheten for å føre tilsyn ved samværet dersom barnevernet fant dette nødvendig. Morens tidligere misbruk av både narkotika og alkohol fikk dermed en betydning for omfanget av samvær, men ikke på den måten at det ble nektet samvær.

Det kan imidlertid tenkes situasjoner hvor det kan være aktuelt å nekte samvær fordi samværsforelder ikke klarer å holde seg nykter ved samværene og dette går utover barnet på en måte som gjør at det ikke vil være til barnets beste å ha samvær.

3.3.6 Samværsforelder er psykisk utviklingshemmet

Hvor samværsforelder er psykisk utviklingshemmet hender det ofte at barnet tar igjen forelderens rolle i utvikling og at rollene blir byttet om slik at barnet selv ender opp med å være den som tar ansvar. Her kan den forsvarlige omsorgen for barnet svikte.

Igen er det nødt til å foretas en vurdering av om det er til barnets beste å ha samvær med sine foreldre. I de tilfellene det i utgangspunktet ikke er best for barnet å ha samvær, må det også vurderes om det er mulig å avhjelpe dette ved å føre tilsyn ved samværet.

Det kan være at det i disse situasjonene ikke bør være samvær hvor det ikke er mulig å avhjelpe manglene ved omsorgen ved å for eksempel føre tilsyn ved samværet. Det kan være at samværsforelder er såpass tungt utviklingshemmet at barnet opplever samværene på en måte som gjør dem urolige og som kan være vanskelige for dem å forstå. Dette kan spesielt være tilfellet hvis det er små barn det er snakk om. Det vil i disse situasjonene ikke uten videre være til barnets beste å ha samvær. Dette er et eksempel på at det biologiske prinsipp noen ganger må vike for hensynet til barnets beste.

3.3.7 Samværsforelder soner dom i fengsel

3.3.7.1 Fokus på problematikken med soning og samvær

I den siste tiden har spørsmålet om samvær hvor en av foreldrene soner dom i fengsel vakt mer oppmerksomhet. Blant de som har satt oppmerksomheten rundt spørsmålet er Juridisk

rådgivning for kvinner som utgav en undersøkelse om dette høsten 2005.³⁸ Blant internasjonale organisasjoner som har satt fokuset på problemet er Quaker United Nations Office.

I Bredveit fengsel var det tidligere slik at forholdene for samvær med barn i fengselet ikke var tilfredsstillende. Den eneste adgangen de innsatte hadde til å ha samvær med barna var i et lite rom, uten vinduer, med en liten kasse med leker. Veggene var riktignok malt i glade, barnevennlige farger, men utover dette var det ikke gjort noe mer for å legge forholdene til rette for samvær. Det var forsøkt å gjøre det beste ut av det som var. Men ut fra hva som er til barnets beste var ikke dette tilstrekkelig. Barn trenger blant annet plass til å bevege seg på. De trenger barnevennlige omgivelser rundt seg. Å måtte gå igjennom blant annet gitter for å kunne ha samvær, vil i utgangspunktet i seg selv bidra til at opplevelsen kan bli lite barnevennlig.

Det er nå kommet frem at forholdene på Bredtveit skal legges til rette for at barn skal kunne ha samvær med foreldre som soner. Det skal bygges en leilighet inne i fengselet som kan disponeres av foreldre som har samvær med barna sine.

Spørsmålet om samvær med innsatte foreldre har ikke vært oppe til behandling, hverken i fylkesnemnda eller i Høyesterett.

JURK har imidlertid foretatt en undersøkelse som har satt fokus på nettopp dette: hvordan forholdene i fengsel er lagt til rette for samvær mellom barn og foreldre. Med undersøkelsen ønsket JURK å belyse kvinners soningsforhold generelt, og besøksmuligheter spesielt.

³⁸ Kvinners soningsforhold. En fengselsundersøkelse utført av Juridisk Rådgivning for Kvinner JURK.

3.3.7.2 JURKs fengselsundersøkelse og Quaker United Nations Office's undersøkelse

I følge JURKs undersøkelse svarte 33,3 % av de som hadde barn under 18 år at samvær bare delvis eller ikke i det hele tatt ble oppfylt.³⁹ Så mange som 46,7 % av de spurte mente at det var vanskelig å opprettholde kontakten med barnet mens de sonet. De fleste nevnte at dårlige besøksforhold var årsaken til dette. Blant de forholdene som her ble trukket frem for å belyse dette var for dårlige besøksrom og for kort besøkstid. Behovet for besøksforhold som er tilpasset barn kom klart til uttrykk her.⁴⁰

JURKs erfaring etter sine jevnlige besøk i fengsler var at standarden på besøksrommene varierte fra at det var forsøkt å gjøre det beste ut av det til at det ikke er gjort noe for å legge forholdene til rette for samvær for barn med foreldre som soner.⁴¹

I undersøkelsen kom det også frem at enkelte av de som ikke får besøk av barna sine, ikke får det fordi de ikke ønsker å få besøk av sine barn i fengsel. Avstand ble også oppgitt som grunn og at barna selv ikke ønsket samvær.⁴²

Det fremgikk imidlertid av undersøkelsen at enkelte fengsler har en ordning hvor de insatte får anledning til blant annet å gå ut av fengselet i følge med en fengselsbetjent for eksempel å ha samvær med sine barn. Dette ble fremhevet som positivt.⁴³

Disse tallene viser blant annet at forholdene på tidspunktet undersøkelsen ble gjennomført ikke var tilrettelagt for samvær.

Konklusjonen det er mulig å trekke ut av tallene fra undersøkelsen er at det ikke nødvendigvis vil være til barnets beste å gjennomføre samvær med foreldre som soner dom

³⁹ Kvinneres soningsforhold, side 34.

⁴⁰ Kvinneres soningsforhold, side 35.

⁴¹ Kvinneres soningsforhold, side 36.

⁴² Kvinneres soningsforhold, side 37.

⁴³ Kvinneres soningsforhold, side 36.

i fengsel. Videre kan det konkluderes med at barnets rettigheter til å opprettholde kontakten med sine foreldre på denne måten ikke er tilstrekkelig beskyttet. Det kan her stilles spørsmål ved om mangelen ved samværsforholdene kan komme i konflikt med barnevernlovens utgangspunkt at samvær skal finne sted.

Quaker United Nations Office setter som sagt også fokuset på problemet. I 2003 startet de sine undersøkelser om kvinner i fengsel. Under sine undersøkelser oppdaget de blant annet at kvinners soning har en stor innvirkning på barn. Blant spørsmålene som ble stilt var hvilke rettigheter barna har når foreldrene soner og hvordan man kan beskytte barna. Undersøkelsen ble utført av Marlene Alejos.⁴⁴

I undersøkelsen stilte organisasjonen seg kritisk til at det ikke er adgang i norsk rett til å la barn bo i fengsel sammen med sin mor under soning. Organisasjonen mener at dette ikke alltid vil være til barnets beste og mener at det bør være anledning til å avgjøre fra sak til sak om det vil være til barnets beste å bo sammen med sin mor i fengsel.⁴⁵

3.3.7.3 Samvær med forelder som soner

Når samværsforelder soner en fengselsdom, er utgangspunktet også her at samvær skal finne sted, jfr. barnevernloven § 4-19. Dette bør legge en plikt på norske myndigheter til å sørge for at forholdene for samvær under soning blir lagt til rette.

Det er heller ikke i utgangspunktet noe som tilsier at det som en hovedregel ikke burde være adgang til samvær med foreldre som er innsatt i fengsel. Selv om forelderen er innsatt vil ikke dette nødvendigvis si noe om hvilken omsorg han eller hun har for barnet sitt. Det vil heller ikke si at samværsforelderen her ikke er i stand til å få en god kontakt med barnet. Og sist men ikke minst er det ikke noe som i utgangspunktet sier at det ikke er til barnets beste å ha samvær med innsatte foreldre.

⁴⁴ Babies and Small Children Residing in Prisons, CRC/C/129/Add.1.

⁴⁵ Babies and Small Children Residing in Prisons, CRC/C/129/Add.1

Soningsforholdene som ble påpekt i JUKRs fengselsundersøklese kan imidlertid føre til at det i situasjoner hvor samværsforelder soner dom i fengsel vil kunne bli resultatet at det nektes samvær. Spesielt hvis barna får reaksjoner etter samværet som viser at de ikke har godt av samværet. Det bør her vurderes om det er muligheter til å legge forholdene bedre til rette slik at samvær kan gjennomføres. Som nevnt i fengselsundersøkelsen var det adgang til å gjennomføre samvær gjennom fremstilling. Dette vil være et mildere inngrep i samværsretten. Spesielt hvor alternativene er enten samvær under forhold som ikke er lagt til rette for dette, eller nekting av samvær. Det er viktig å huske på at barnet har en like stor rett til, og et like stort behov for, å ha samvær med foreldrene sine selv om de soner en fengselsdom. Her kommer hensynet til barnets beste, det biologiske prinsipp og det mildeste inngreps prinsipp spesielt inn i vurderingen av samværsspørsmålet.

Quaker United Nations Office's undersøkelse kan spesielt sette lys på situasjoner hvor det er samværsforelder som har omsorgen for barnet alene. Det er et alvorlig inngrep for barnet å ikke få bo sammen med den forelder som barnet har bodd hos. Når det i tillegg er dårlige samværsforhold, blir dette igjen enda mer inngripende. Ut fra hensynet til hva som er best for barnet kan det spørres om ikke forholdene bør legges til rette for at barna kan være sammen med forelder som soner. I undersøkelsen blir det imidlertid påpekt at det etter en vurdering kan være adgang for foreldre å sone dommen sin i et mødre hjem sammen med barnet sitt. Ut fra hensynene og prinsippene som er lagt til grunn i barnevernretten vil dette kunne være den beste løsningen med hensyn til barnet.

Barnekonvensjonens artikkel 9,3. avsnitt og EMK artikkel 8, kan også bli aktuelt her både med tanke på samværsforholdene og med tanke på mulighetene for barna til å være sammen med foreldrene under soning. Det kan tenkes at staten må legge forholdene til rette for samvær og at staten må gjøre det de kan for at barn skal kunne være sammen med sine foreldre under soningen.

Det er ikke en selvfølge at det vil være til beste for barnet å ha samvær med foreldre som soner. Spørsmålet kan komme på spissen hvor faren til barnet soner en dom for å ha drept

barnets mor. Spesielt hvor barnet er så gammelt at det kan forstå hva som har skjedd, kan dette spørsmålet bli vanskelig å svare på. Bør barnet ha samvær med faren sin her?

Det kan tale til fordel for hensynet til barnets beste at barnet får anledning til å ha samvær med faren sin her, slik at barnet ikke skaper et monsterbilde av sin far. Faren kan fremdeles være en god forelder for barnet som det er viktig for barnet å opprettholde kontakt med. her bør det imidlertid også tas hensyn til barnets mening. Dersom barnet ønsker samvær bør forholdene legges til rette for dette. Dersom barnet ikke ønsker samvær bør dette tas med i vurderingen av samværsspørsmålet.

Konklusjonen her blir at hvor samværsforelder soner dom i fengsel reiser det seg viktige spørsmål ved vurderingen av samværsspørsmålet som det må tas stilling til.

3.4 Andre momenter som taler mot at samvær skal finne sted eller som taler for at det bør foretas andre inngrep i samværsretten

At kjennetegn ved samværsforelder kan ha konsekvenser for samværsspørsmålet er altså klart. Det kan imidlertid også være andre momenter som kan tale mot at samvær finner sted eller som taler for at samværet reguleres.

Et moment kan være varigheten på plasseringen. Skal det være en langvarig eller kun en midlertidig plassering? Et annet moment kan være hvor barnet allerede har vært plassert over lengre tid uten at samværsforelder har benyttet seg av muligheten til å gjennomføre samvær med barnet. Det kan også være at samværsforelder ved samvær har holdt barnet tilbake og ikke levert barnet tilbake ved samvær eller holdt barnet skjult for barnevernet.

3.4.1 Hvor lenge skal plasseringen vare?

Når barnevernet overtar omsorgen er de som nevnt tidligere forpliktet til å utarbeide en plan for plasseringen og dens varighet jfr. Barnevernlovens § 4-15, 3. ledd. Det skal for det første vedtas en plan allerede ved plasseringen. Senest to år etter at plasseringen har funnet sted skal det foreligge en endelig plan. I følge Knut Lindboe skal hovedinnholdet i disse planene være plasseringssted, lengden på plasseringen og hvilken kontakt foreldrene skal ha med barnet.⁴⁶

Perspektivet for lengden på plasseringen vil ha en nær sammenheng med årsaken til plasseringen. Er barnet plassert på grunn av sykdom trenger ikke plasseringen å ha et langsiktig perspektiv i motsetning til en plassering som har funnet sted fordi mor er tungt avhengig av narkotika og ikke i stand til å ta vare på barnet sitt av den grunn. Med andre ord så er det i stor grad kjennetegn ved samværsforelder som vil avgjøre lengden på plasseringen og videre omfanget av samværet.

⁴⁶ Knut Lindboe, Barnevernrett, 4.utg. 2003, side 106.

Dersom plasseringen er foretatt med et langsiktig perspektiv blir spørsmålet om det da vil være til barnets beste å ha et omfattende samvær med sine foreldre. Bør samværet da begrenses med tanke på at plasseringen planlegges å være langvarig? Eller bør dette føre til utvidet samvær slik at barnet får muligheten til å beholde kontakten med sine foreldre?

Barn trenger ro og stabilitet i oppveksten. Et omfattende samvær kan medføre at de mister noe av denne stabiliteten når det er snakk om en langvarig plassering. Det følger også av barnvernlovens § 4-1 at ”det skal legges vekt på å gi barnet stabil og god voksenkontakt og kontinuitet i omsorgen.” Dette kan føre til at det ikke vil være til barnets beste å ha et omfattende samvær med sine foreldre når det er en langvarig plassering det er snakk om. Et omfattende samvær kan blant annet bidra til å gjøre dem usikre på hvor de hører hjemme og gjøre det vanskelig for dem å hvite hvor de skal ha sin tilknytning. Dette vil heller ikke være den beste løsningen når det er snakk om en langvarig plassering hvor målet ikke nødvendigvis er at omsorgen skal tilbakeføres. Spesielt dersom samværsforelderen har problemer med å akseptere plasseringen og på denne måten også bidrar til uro for barnet.

At det tas sikte på en langvarig plassering er imidlertid ikke nok i seg selv til å nekte samvær. Barnet vil fremdels kunne ha en verdi av å ha kontakt med sine biologiske foreldre og dette må det tas hensyn til.

Barnevernlovens § 4-19 legger til grunn at retten til samvær skal være et utgangspunkt. Bestemmelsen åpner ikke for konsekvent å nekte samvær der det er snakk om en varig plassering.

I Rt. 1998 side 787 uttalte Høyesterett om dette på side 791: ”Lovens utgangspunkt medfører at en varig og langsiktig omsorgsovertakelse ikke i seg selv er tilstrekkelig for å nekte samvær.” og videre på side 792: ”Hensynet til stabil og god voksenkontakt for barnet og kontinuitet i omsorgen kan ved omsorgsovertakelse medføre at et mer begrenset samvær må anses for å være til beste for barnet, jf barnevernloven § 4-1. ... Hvis tilbakeføring ikke

kan påregnes eller en tilbakeføring ligger langt fram i tid, tar samvær sikte på at barnet skal få kjennskap til sitt biologiske opphav med henblikk på en eventuell senere tilknytning når barnet vokser til. Hovedmålsetningen over tid må være at også mer begrenset samvær fungerer til beste for barnets beste ut fra barnets følelser, interesser og behov.”

I Rt.1997 side 534 var det snakk om en langvarig plassering. Dommen kom opp til behandling med spørsmål om adopsjon. Barna hadde vært plassert over lengre tid. Her fant retten at adopsjon ikke skulle finne sted fordi det her var til barnets beste at samværsretten ble beskyttet. Når retten behandlet spørsmålet om omfanget av samværet ble samværet regulert til å være tre ganger i året.

I begge dommene var det snakk om nettopp en langvarig plassering. At plasseringen skulle være langvarig var ikke tilstrekkelig til at samværet ble nektet. I begge dommene ble det imidlertid gjort andre inngrep i samværsretten i den forstand at samværet som ble satt ikke var omfattende. Barnets beste ble tillagt vekt i avgjørelsene og det ble også lagt vekt på det biologiske prinsipp.

Ved langvarige plasseringer vil målet med samvær være et annet enn ved kortisiktige omsorgsovertagelser. Målet vil her heller være at barna skal ha kjennskap til sine foreldre enn at de skal beholde en god kontakt med dem. Det biologiske prinsipp har her betydning for samværsspørsmålet.

Hvor plasseringen tar sikte på å være kortvarig, vil hensynet til barnets beste tilsi at omfanget av samværet er annerledes. Her bør forholdene i større grad legges til rette for at barnet skal tilbakeføres til foreldrenes omsorg og dermed bør også samværet være mer omfattende enn hvor plasseringen er ment å være langvarig. Her er ikke målet med plasseringen at barnet skal få muligheten til å knytte seg til fosterhjemmet og på den måten få stabilitet og ro i hverdagen. Målet her er at barnet skal beholde kontakten med foreldrene sine, slik at tilbakeføringen ikke vanskeliggjøres. Dette vil skape den beste kontinuiteten i

voksenkontakten for barnet. Barnet vil da ikke bli usikker på at det skal tilbake til foreldrene og at dette kun er midlertidig og kortvarig.

Dette fremhevet også Høyesterett i Rt. 1998 side 787. Høyesterett fremhevet her målet med samvær under kortvarige omsorgsovertakelser. I følge avgjørelsen må det sørges for at kontakten blir vektlagt slik at barna kan ha en best mulig kontakt med foreldrene sine under omsorgsovertakelsen.

3.4.2 Har barnet vært plassert lenge uten kontakt med foreldrene?

Noen ganger benytter ikke foreldrene seg av samværsretten når barnet er plassert i fosterhjemmet. Dette kan være vanskelig for barnet, som kan ha brukt mye tid på å forstå at foreldrene ikke ønsker å ha kontakt. Barnet kan for eksempel føle seg avvist og forlatt av foreldrene.

Det kan være flere grunner til at samvær ikke har funnet sted. Det kan være at samværsforelder over lengre tid har vært tungt avhengig av narkotika. Det kan være at de har vært syke. Det kan også være manglende interesse for samvær eller at de også har blitt nektet samvær.

Hvis foreldrene etter lang tid ønsker samvær kan dette bidra til forstyrrelser i barnets gode voksenkontakt og stabilitet. Kanskje barnet har klart å akseptere uteblivelsen av foreldrene og knyttet seg til fosterforeldrene. At foreldrene da plutselig ønsker kontakt igjen kan bidra til å gjøre barnet usikkert og på denne måten kan kontinuiteten og stabiliteten bli forstyrret.

Spørsmålet er om foreldrene bør ha rett til samvær i en slik situasjon. Dersom samvær skal finne sted bør dette da medføre at det reguleres til å ikke være omfattende? Vil barnet tåle å gjenoppta kontakten? Vil barnet ha godt av å få kontakt med samværsforelder igjen? Er det sikkert at samværet nå vil bli gjennomført når det skal? Er det til barnets beste å beholde kontakten med sine biologiske foreldre her, eller må dette hensynet eventuelt vike til fordel for barnets beste?

I Rt 2004 side 14 var ikke dette tilfellet. Saken dreide seg imidlertid om spørsmål om adopsjon. Adopsjon ble nektet av Høyesterett og i behandlingen av spørsmålet om samvær uttalte flertallet på side 24: ”Jeg legger til grunn at samværsretten har vært utnyttet fullt ut av barnas mor overfor alle tre, og at det ikke har knyttet seg problemer til selve avviklingen av samværene”. I dommen ble samværsretten utvidet. Dette viser at det legges vekt på at samværsretten utnyttes og ikke neglisjeres. Det viser også at det biologiske prinsipp blir tillagt vekt hvor domstolen mener at dette er til barnets beste.

På den andre siden har vi avgjørelsen i Rt. 1998 side 787, hvor tilfellet var at det nesten ikke hadde vært samvær over lengre tid. Grunnen til dette var imidlertid at barnet hadde hatt kraftige reaksjoner på samværet. Barnet var ikke lenger negativ til samvær og dette ble det lagt vekt på av Høyesterett som åpnet for at det skulle gjennomføres samvær.

Avgjørelsene illustrerer at selv om Høyesterett legger vekt på at samværet har blitt utnyttet av samværsforelder fører det ikke uten videre til nekting av samvær hvor det har vært lengre perioder uten opphold. Avgjørelsene viser videre at det i disse vurderingene blir lagt tung vekt på hva som vil være til barnas beste.

Det kan imidlertid tenkes at det ikke bør åpnes for samvær hvor dette ikke har funnet sted over lengre tid. Det er her viktig å se på bakgrunne for hvorfor det ikke har vært samvær og forhold på barnets side. Slike forhold på barnets side kan være om barnet er robust og selvsikkert og i stand til å takle samvær. Hvis barnet har spesielle omsorgsbehov og er et usikkert barn som reagerer på forandringer vil dette være et forhold som kan føre til at det ikke bør være samvær.

3.4.3 Samværsforelder har holdt barnet tilbake etter samvær eller holdt barnet skjult for barnevernet

Samværet finner noen ganger sted hjemme hos samværsforelder. Dette kan være positivt for barnet, fordi dette er vante omgivelser som barnet kan føle seg avslappet i. Dette vil kunne legge til rette for en god ramme rundt samværet som barnet vil ha godt av.

Imidlertid er det noen ganger slik at samarbeidet mellom samværsforelder og barnevernet er såpass konfliktfylt at samværsforelder ikke klarer å samarbeide. Dette kan gi seg utslag i at barnet blir holdt tilbake og ikke levert til fosterforeldrene eller institusjonen når samværet skal avsluttes.

Videre er det også slik at det ikke er alltid at barnet ønsker å være plassert i fosterhjem eller institusjon. Dersom barnet rømmer for å være hos sine foreldre og foreldrene ikke melder fra til barnevernet om at barnet befinner seg hos dem kan dette også bidra til å vanskeliggjøre samarbeidet.

Er imidlertid disse situasjonene tilstrekkelige til å nekte samvær? Eller kan vanskelighetene avhjelpes med å foreta inngrep i samværsretten. For eksempel med at samværet ikke lenger får finne sted i hjemmet til samværsforelder eller at det blir åpnet for tilsyn under samværet.

Denne typen konflikter kan bidra til at samværet ikke er til barnets beste. Hvor det er samværsforelder som holder barnet tilbake vil dette kunne komme i veien for å kunne gi barnet ro i hverdagen. Stabiliteten i barnets hverdag kan også bli avbrutt, noe som ikke alle barn klarer å takle like bra.

Det kan også være et tegn på at det bør være ytterligere samvær når barnet selv rømmer tilbake til foreldrene sine. Selv om foreldrene ikke melder i fra til barnevernet kan dette bidra til at samværsordningen burde tas opp til en ny vurdering. Er det her for eksempel til barnets beste å opprettholde samværsordningen slik den er?

Her bør hensynet til at barnet bør ha kontakt med sine biologiske foreldre og hensynet til barnets beste komme inn i vurderingen og tale for at samværsordningen revurderes.

3.5 Samvær etter adopsjon

Når det gjelder inngrep i samværsretten er dette et tiltak som ikke trenger å være endelig. Hvor foreldrene har vært nektet samvær, kan samvær gis på et senere tidspunkt om det viser seg at vilkårene for dette er oppfylt og det vil være til barnets beste, jfr barnvernlovens § 4-21, siste ledd.

Noen ganger foretar imidlertid barnevernet en plassering med sikte på adopsjon. § 4-20 i barnevernloven åpner for adopsjon som et tvangstiltak, det vil si uten foreldrenes samtykke.

Dersom et barn blir adoptert vil dette være et endelig tiltak som ikke kan forandres med tiden. Med adopsjonen vil alle juridiske bånd mellom barn og foreldre brytes og foreldrene vil ikke lenger ha noen rettigheter når det gjelder barnet. Barna vil heller ikke ha noe rettigheter i forhold til sine biologiske foreldre etter en adopsjon.

Adopsjon er med andre ord et veldig inngripende tiltak. Dermed stilles det strenge krav til å kunne gjennomføre en adopsjon.

Et viktig spørsmål i denne sammenheng er hvordan samværsretten stiller seg etter en adopsjon. Det har blant annet vært spørsmål om adgangen for biologiske foreldre til å få samvær med sine barn etter en eventuell adopsjon. Og hvis svaret her er nei så blir spørsmålet om adopsjon da kan gjennomføres hvor barnet har opprettholdt kontakten med sine biologiske foreldre gjennom samvær. Hvor sterkt er samværsretten beskyttet?

Hensynet til barnets beste, til det biologiske prinsipp og at utgangspunktet er at omsorgen skal tilbakeføres tilsier at det bør stilles strenge krav til adgangen til adopsjon. Blant annet fordi tiden kan føre til forandringer i forholdene rundt omsorgsovertakelsen. Foreldrene kan blant annet klare å gjøre dramatiske forandringer til det bedre som bidrar til at

omsorgen må oppheves. Dersom en adopsjon allerede er gjennomført her vil det likevel ikke kunne være noen vei tilbake dersom foreldrene har klart dette. Dermed vil retten til samvær være tapt for godt.

Hvis plasseringen er foretatt med sikte på adopsjon kan dette være et moment som kan tale mot at samvær skal finne sted av hensyn til hva som er best for barnet og videre stabiliteten og kontinuiteten i barnets omsorg. Det kan tenkes at barnet er tatt under omsorg av barnevernet ved fødselen og at foreldrene ikke er i stand til å ta vare på barnet.

Hensynet til at barn bør ha kontakt med sine biologiske foreldre kan her komme i skyggen av hensynet til hva som er barnets beste. Det må foretas en vurdering hvor man må veie hensynet til at barna bør ha kontakt med sine biologiske foreldre opp mot hensynet til hva som er best for barnet og hvordan man best mulig oppnår en ”god og stabil voksenkontakt og kontinuitet” for barnet.

Høyesterett tok opp spørsmålet om samvær ved adopsjon i Rt. 1997 side 534. Her valgte som nevnt tidligere lovgiver å ikke gi adgang til adopsjon for på denne måten å beskytte samværsretten og retten for barna til å ha kontakt med sin biologiske mor. Det som gjør dommen interessant er at Høyesterett går så langt som å anmode lovgiver om å endre loven slik at det åpnes for at samvær også skal kunne finne sted etter adopsjon: ”Saken gir meg foranledning til å bemerke at lovgiver etter min mening bør vurdere om det bør åpnes for en rett til samvær mellom barnet og biologiske foreldre også etter en adopsjon. Det ville medføre at fordelene for barnet ved en adopsjon ikke måtte avveies mot fordelene ved fortsatt rett til samvær med biologiske foreldre.”

Lovgiver valgte imidlertid å ikke åpne for samvær etter adopsjon. Blant annet ble det pekt på at adopsjon er et særdeles inngripende tiltak overfor barn og foreldre som lovgiver ikke ønsket at skulle tas lett på. De ønsket ikke at adopsjon skulle tas lettere på, noe de mente ville skje dersom det ble åpnet for samvær etter adopsjon. I stortingsmeldingen uttalte departementet til lovforslaget: ”Adopsjon etter barnevernlova § 4-20 er eit særdeles

inngripande tiltak, og ein bør vise varsemd med å gjera endringar som kan innebære ei auke i talet på slike adopsjonar.”⁴⁷

I Rt. 2001 side 14 var også spørsmålet om adopsjon av det ene barnet i en søskenflokk oppe til behandling. Saken gjaldt tre barn som barnevernet hadde overtatt omsorgen for. I denne saken foretok Høyesterett en grundig vurdering før de konkluderte med at et samtykke til adopsjon her ikke ville være til beste for barna. Blant annet la retten til grunn verdien for barna i å beholde kontakten med hverandre og med sin mor. Det ble også lagt vekt på at de hadde et behov for samvær med sin mor. På side 24 i dommen uttaler Høyesterett: ”Etter dette finner jeg det vanskelig å fastslå med den nødvendige sikkerhet at vi står overfor en situasjon der sterke grunner tilsier at det vil være til Ds beste å gjennomføre en adopsjon nå. (...) Barn har i utgangspunktet en rett til å bli kjent med sine foreldre. Det kan vanskelig oppnås ved et besøk hvert halvår begrenset til to timer. Etter mitt syn skal det særlige grunner til for å begrense samværsretten så sterkt.”

Retten legger altså til grunn det mildeste inngreps prinsipp og det biologiske prinsipp her når de nekter å la adopsjon bli gjennomført. Det kan synes å virke som at disse to prinsippene beskytter samværsretten i et spørsmål om adopsjon. Det virker også som at Høyesterett går langt i å beskytte samværsretten hvor det er spørsmål om adopsjon. Dette viser denne dommen når de andre kravene til adopsjon var oppfylt og det likevel ikke ble åpnet for adopsjon.

Også nødvendighetskravet i EMKs artikkel 8 kan tale mot at det skal gis samtykke til en adopsjon på bekostning av samværsretten. Dette fremgår også av Rt. 2001 side 14. På side 24 i dommen uttaler Høyesterett: ”Jeg peker i denne forbindelse på at også denne retten er vernet av EMK. Det må etter domstolens praksis være klart at slike innskrenkninger krever sterke grunner.”

⁴⁷ Stortingsmelding nr. 40 (2001-02), side 145.

Domstolen viste også i dommen til avgjørelsen Adele Johansen mot Norge som ble behandlet i EMD. I denne saken ble barnet tatt fra moren rett etter fødselen. Moren hadde levd i et miljø med rusmisbruk og levde sammen med en mann som mishandlet henne. Ved fødselen var moren så dårlig at hun ikke ble ansett å kunne ta vare på barnet sitt. Barnet ble senere plassert i et fosterhjem på sperret adresse, med tanke på adopsjon. Hun ble fratatt foreldreansvaret og nektet samvær. I EMD ble spørsmålet om samvær behandlet.

Domstolen fremhevet her at fratakelse av foreldreansvar med sikte på adopsjon og nektelse av samvær bare ville være berettiget i ekstraordinære tilfeller. Videre ble det understreket at slike inngrep bare kunne rettferdiggjøres hvis tiltaket var motivert av et dominerende hensyn til barnets beste.

Dette viser at EMD stiller veldig strenge krav for at adopsjon skal kunne finne sted på bekostning av samværsretten.

4 Litteraturliste

Erik Møse, Menneskerettigheter, 2. utg. 2003

Kirsten Sandberg Tilbakeføring av barn etter omsorgsovertakelse, 1.utg. 2003

Knut Lindboe, Barnevernrett, 4.utg 2003

Lucy Smith´s Barn, foreldre og mennekserettigheter, i Jussens Venner 1991

Steinar Tjomsland, Barnevern og omsorgsovertakelse, 2. utg. 2003

Trude Haugli, Samværsrett i barnevernssaker, 2.utg. 2000

Undersøkelser

Kvinnerens soningsforhold, En fengselsundersøkelse utført av Juridisk Rådgivning for Kvinner JURK, 2005.

Babies and Small Children Residing in Prisons, Quaker United Nations Office, 2005.

Betenkninger Norges offentlige utredninger

NOU 1985: 18, Lov om sosiale tjenester m.v.

NOU 2000:12, Barnevernet i Norge,

Odelstingsproposisjoner

Ot.prp. nr. 44 (1991-1992), Om lov om barneverntjenester

Ot.prp. nr 56 (1996-97)

Innstillinger til Odelstinget

Innst. O. nr. 80 (1991-92)

Stortingsdokumenter

Stortingsmelding nr. 40 (2001-02), Om barne- og ungdomsvern

<http://www.uio.no/studier/emner/jus/jus/VALSPE10/>

